UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

DE L'HYPOTHÈQUE
SUR BIENS INDIVIS
(LOI DU 31 DÉCEMBRE 1910)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Samedi 10 Février 1912, à 4 heures du soir

PAR

JEAN LEGRAND

Président : M. GÉNY, Professeur.

Suffragants { MM. BINET, Professeur-Doyen.
GUDINOT, chargé de Cours.

IMPRIMERIE DU *Journal de Merville*
L. LOÏEZ, A. DRIEUX Succr

1912

DE L'HYPOTHÈQUE

SUR BIENS INDIVIS

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547216_0066

UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

DE L'HYPOTHÈQUE
SUR BIENS INDIVIS
(LOI DU 31 DÉCEMBRE 1910)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Samedi 10 Février 1912, à 4 heures du soir

PAR

JEAN LEGRAND

ACAD. LUGD.BAT. BIBL.

Président : M. GÉNY, Professeur.

Suffragants { MM. BINET, Professeur-Doyen.
OUDINOT, chargé de Cours.

IMPRIMERIE DU *Journal de Merville*
L. LOÏEZ, A. DRIEUX Succr

1912

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. BINET, I. ✪.

Doyens honoraires et Professeurs honoraires : MM. LEDERLIN, ✻, I. ✪.
BLONDEL, ✻, I. ✪.

Professeur honoraire : M. MAY, I. ✪.

MM. BINET, I. ✪, Professeur de Code civil et Chargé du Cours d'Enregistrement, Doyen.

GARNIER, I. ✪, Professeur d'Économie politique et Chargé du Cours de Législation financière.

BEAUCHET, I. ✪, Professeur de Procédure civile, Chargé du Cours de Procédure civile (Voies d'exécution), et Chargé du Cours de Législation et Économie coloniales.

BOURCART, ✻, I. ✪, Professeur de Droit commercial et Chargé d'un Cours de Droit commercial (Licence).

GAVET, I. ✪, Professeur d'Histoire du Droit, Chargé du Cours d'Histoire du Droit public et du Cours d'Histoire du Droit et des Institutions juridiques de l'Est.

CHRÉTIEN, I. ✪, Professeur de Droit international public et privé, et Chargé du Cours de Droit international public (Doctorat).

CARRÉ DE MALBERG, I. ✪, Professeur de Droit public et constitutionnel et Chargé des Cours de Droit public (Licence) et de Droit public et Droit constitutionnel comparé (Doctorat).

GÉNY, I. ✪, Professeur de Code civil et Chargé du Cours de Droit civil approfondi (Doctorat).

MICHON, I. ✪, Professeur de Droit romain et Chargé du Cours d'Histoire du Droit privé.

BROCARD, A. ✪, Professeur-adjoint et Chargé d'un Cours d'Économie politique (Licence), d'un Cours d'Economie politique (Doctorat) et du Cours d'Histoire des Doctrines économiques.

ROLLAND, Professeur de Droit administratif et Chargé d'un Cours de Droit administratif (Doctorat).

SENN, Professeur de Droit romain, Chargé d'un Cours de Législation industrielle (Licence) et du Cours de Pandectes.

NAST, Agrégé, Chargé du Cours de Droit criminel, d'un Cours de Droit naturel et d'un Cours d'Eléments de Droit civil (Capacité).

OUDINOT, Docteur en Droit, Chargé d'un Cours de Droit civil.

SIMONNET, A. ✪, Docteur en Droit, Chargé d'un Cours d'Eléments de Droit civil (Capacité).

RENARD, A. ✪, Docteur en Droit, Chargé d'un Cours d'Eléments de Droit public et administratif (Capacité).

MELIN, A. ✪, Docteur en Droit, Chargé du Cours de Science sociale.

ROVEL, I. ✪, Docteur en Droit, Secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

BIBLIOGRAPHIE

1° OUVRAGES ET TRAITÉS LES PLUS SOUVENT CITÉS

Amiaud. — *Traité formulaire du Notariat*, 5e édition.

Aubry et Rau. — *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae*, 4e édition.

Baudry-Lacantinerie. — *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, 2e édition.

Baudry-Lacantinerie et Barde. — *Des Obligations*, Paris 1897.

Baudry-Lacantinerie et de Loynes. — *Du Nantissement des Privilèges et Hypothèques*, Paris 1893.

Baudry-Lacantinerie et Wahl. — *Des Successions*, Paris 1895.

Bourjon. — *Le Droit commun de la France et la coutume de Paris*, 2 vol. Paris 1770.

Brault (Pierre). — *De l'Effet déclrratif du partage au point de vue fiscal*. Thèse Paris, 1905.

Championnière et Rigaud. — *Traité des droits d'Enregistrement de Timbre et d'Hypothèques*, Paris 1835 (non réédité).

Charondas. — *Sur Bouteillier, Somme rurale*. (Revu, corrigé sur l'exemplaire, illustré de commentaires par Louys Charondas le Caron). Paris 1603.

Clerc. — *Manuel théorique et pratique de Notariat*.

Défrenois. — *Traité pratique et formulaire des liquidations et partages*. — *Traité pratique et formulaire du Notariat*, 4e édit.

Demante (A.-M). — *Cours analytique du Code Civil*, Paris 1849-1855 (continué par Colmet de Santerre à partir du tome IV, 1858-1880).

Demante (G.). — *Principes de l'Enregistrement sous forme de commentaire de la loi du 22 frimaire an VII*, Paris 1878.

Demolombe. — *Cours du Code Napoléon*, 4e édition.

Deschamps. — *Du rapport des dettes*. Thèse Paris, 1889.

Desserteaux. — *Essai d'une théorie générale sur l'effet déclaratif du partage en Droit Civil français*, Paris 1908.

Dictionnaire des droits d'Enregistrement. V. Partage.

Dumoulin. — *Coutume de la prévoté et vicomté de Paris,* avec des notes de Dumoulin mises en meilleur ordre. Paris, Loyson, 1691.

Folleville (de). — *Effet déclaratif du partage.*

Fuzier-Herman et Darras. — *Code Civil annoté.* Répertoire.

Garnier. — *Répertoire général et raisonné de l'Enregistrement,* 5me édition.

Guillouard. — *Traité des privilèges et des hypothèques.* Paris, 1897.

Guyot. — *Traité ou dissertation sur plusieurs matières féodales, tant pour le pays de Droit coutumier que pour le pays de Droit écrit.* Paris, 1738.

Huc. — *Commentaire théorique et pratique du Code Civil.* Paris, Pichon, 1792-1903.

Laurent. — *Principes du droit civil français.* Bruxelles-Paris, 1869-1878.

Louet et Brodeau. — *Recueil de plusieurs arrêts notables du parlement de Paris,* ainsi cité : Louet, lettre H, sommaire XI.

Merlin. — *Recueil alphabétique des questions de Droit* (V. Partage). 4e édition, 1827. — *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence.* Paris, 1827, 5e édition.

Mourlon. — *Traité théorique et pratique de la transcription d'après la loi du 23 mars 1855.* Paris, 1862. — *Répétitions écrites sur le Code,* Paris, 1866.

Naquet. — *Traité théorique et pratique des droits d'Enregistrement.* 6e édition, Paris, 1882.

Planiol. — *Traité élémentaire de Droit civil.* 5e édition.

Pothier, annoté par Bugnet, 1861.

Rolland de Villargues. — *Répertoire de la Jurisprudence du Notariat.* 2e édition, Paris, 1842.

Tansard (Henry). — *De la licitation au profit d'un étranger dans ses rapports avec l'effet déclaratif du partage.* Paris, 1906.

Thezard. — *Du nantissement des privilèges et Hypothèques.* Paris, 1880.

2° ARTICLES ET PÉRIODIQUES

Dalloz. — *Recueil périodique.* 1880-1910. — *Nouveau code civil annoté,* tomes II et IV. — *Répertoire,* V. Partage. — *Supplément au Répertoire,* V. Partage.

Journal des Notaires et des Avocats : Année 1909, art. 29619 ; Année 1910, art. 29702 et 29744 ; Année 1911, art. 30006.

Journal du Notariat : Année 1908, p. 33 ; Année 1909, p. 289.

Gazette du Palais. 1900-1909.

Pandectes : Recueil périodique, 1900-1909. — *Répertoire*, V. Partage.

Revue du Notariat et de l'Enregistrement : Octobre 1907 ; 1909, art. 13543.

Revue Critique de Législation et de Jurisprudence : Année 1890, p. 1, Etude de M. Charmont ; Année 1911, p. 421, Dissertation de M. Palmade.

Revue trimestrielle de Droit civil : Année 1903, Dissertation de M. Pilon, p. 666 ; Année 1904, Dissertation de M. Giraud, p. 515 ; Année 1905, Dissertation de M. Percerou, p. 535 et Dissertation de M. Pilon, p. 670 ; Année 1906, Dissertation de M. Wahl, p. 763.

Sirey. — *Recueil* 1887, 1907 et 1909 notamment.

Périodique Défrénois : Année 1908, art. 15556 ; Année 1909, art. 16070 et 16077.

Circulaire trimestrielle du Comité des Notaires des départements : Année 1909, n° du 17 mars.

Le Code Civil, 1804-1904. — *Livre du Centenatre*, 2 vol. Paris, 1904. — Tome 1er : Etude de M. Wahl sur *les variations de la jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif du Partage*, p. 443 à 513. — Etude de M. Colin : *Le droit de succession dans le Code Civil*, p. 295. — Etude de M. Josserand sur *la propriété collective*, p. 357.

Revue de Législation et de Jurisprudence publiée sous la direction de M. Woloski, année 1838, VII, p. 405, et VIII, p. 161. Étude historique de M. Championnière sur l'art. 883.

— Année 1853. Dissertation de M. Duquaire sur l'art. 883 du Code Civil appliqué en matière hypothécaire.

INTRODUCTION ET EXPOSÉ SOMMAIRE

DE

L'ARTICLE 883 DU CODE CIVIL

Le partage en droit romain, 1. — Le partage en droit français, 2. — Origine du principe de l'effet déclaratif, 3. — Explications du principe, 4. — Actes auxquels il s'applique, 5. — A quels biens, 6. — Conséquences civiles et fiscales, 7. — Division du sujet, 8.

1. En droit romain, le partage est translatif de propriété. Les héritiers ont une part de propriété dans chacun des biens qui composent la succession. Le partage opéré, chacun d'eux est propriétaire désormais exclusif des biens mis dans son lot ; les autres héritiers n'y ont plus aucun droit ; et de même, chaque attributaire n'a plus de droits sur les biens mis dans le lot des autres, dont, avant le partage, il était propriétaire par indivis.

Comment s'est produit ce résultat ? Il y a eu, entre les différents héritiers, échange de parts. Chacun d'eux a cédé la part indivise qu'il avait dans les biens héréditaires qui ont été attribués en partage aux autres

cohéritiers ; d'un autre côté, chacun d'eux a acquis la part indivise qu'avaient les autres co-héritiers dans les biens qui ont été mis dans son lot. Il résulte de là que le partage n'est qu'un échange de parts indivises, et que si le de cujus laisse, par exemple, deux héritiers, chacun d'eux, en ce qui concerne les biens mis dans son lot, se trouvera être désormais propriétaire, moitié comme héritier du défunt et moitié comme cessionnaire de son cohéritier.

Le partage, en droit romain, est donc translatif de propriété, attributif de propriété : de sorte que l'hypothèque, consentie durant l'indivision par l'un des copropriétaires sur un immeuble dépendant de la succession du de cujus, subsiste sur ce bien qu'ils ont échangé, même si le partage le fait entrer dans le lot de celui qui n'a pas consenti la sûreté réelle.

2. En droit français, les effets du partage sont totalement différents. Le partage n'est plus translatif de propriété mais déclaratif de propriété : c'est-à-dire que chaque indivisaire est propriétaire exclusif, lorsque le partage est consommé, de tous les biens mis dans son lot, dès le jour du décès de son auteur. Dès ce moment, en un mot, il en est et il en a toujours été propriétaire exclusif ; par conséquent, les charges réelles, dont son co-indivisaire a grevé sa part, tombent. Il a disposé, en effet, d'un bien dont il n'était pas propriétaire, il a disposé de la chose d'autrui. Or, c'est un principe admis que l'on ne peut transmettre à quelqu'un que ce que l'on a . « Nemo dat quod non habet ».

Ce principe du partage déclaratif, qui est l'opposé de celui admis en droit romain, se trouvé énoncé dans l'article 883 du Code Civil. « Chaque co-héritier est censé avoir succédé, seul et immédiatement, à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. » Il n'est pas aussi récent que certains le croient et il n'a pas été établi sous l'ancien Droit, dans le but de produire les effets que l'on en tire actuellement. (1).

3. Le principe, suivant lequel le partage est déclaratif de propriété, a ses racines dans la féodalité. D'après le droit féodal toute aliénation d'un fief, faite par un vassal, donnait lieu au paiement d'un droit au profit du seigneur pour prix du consentement donné par celui-ci à la mutation. Le partage, étant alors considéré comme *translatif de propriété*, semblait, à ce titre, devoir donner lieu au paiement du droit ; telle était, en effet, la solution primitivement adoptée (2). Mais les coutumes, souvent avec le plein gré du seigneur, parvinrent à l'y soustraire (3). Les jurisconsultes entreprirent de justifier cette nouvelle règle ; ils partirent de l'idée que le partage est une convention d'une nature non définie qui ne constitue pas proprement une aliénation. Ils ajoutèrent que c'était un contrat

(1) On a cru trouver la première idée du partage déclaratif dans un texte du *Digeste*, L. 31 D., *de usu et usuf.*, 33, 2. — V. dans Marc Desserteaux, chapitre premier, spécialement nº 16.

(2) Sur Bouteillier, *Somme rurale*, titre 83, note 3, par Charondas.

(3) Championnière. *Revue de Législation et de Jurisprudence*, VII, 1838, p. 405 et VIII, p. 161.

nécessaire, auquel étaient dues des immunités spéciales.

Plus tard, on soutint que ce partage n'était pas une aliénation et que son effet était l'application de la maxime : « Le mort saisit le vif », ou l'accomplissement d'une condition résolutoire.

Une question fort discutée au point de vue historique est celle de savoir si ce principe entra en application, d'abord en matière civile, puis en matière fiscale, ou vice-versa. Les auteurs qui ont étudié cette question ne peuvent se mettre d'accord sur ce point, qui est, actuellement encore, l'objet de controverses. Quant à nous, il nous est difficile de nous rallier à l'une ou à l'autre opinion : les textes anciens qui se rapportent à la question n'étant pas suffisamment clairs.

Un fait seul est certain : c'est que la rétroactivité fut introduite dans le droit civil, en grande partie, grâce à l'influence de Dumoulin (1). Dès lors, on en conclut que le partage n'était pas exposé au retrait lignager qui pouvait être dirigé contre toute aliénation ; que la saisie féodale, pratiquée sur la part de l'un des héritiers, tombait au cas où les immeubles saisis étaient attribués à un autre héritier ; que les hypothèques, provenant des co-partageants non attributaires, tombaient également.

Ce principe pénétra aussi dans le droit fiscal.

L'influence des jurisconsultes, à ce point de vue, fut très importante. Ils voulurent considérer le partage et la licitation entre co-héritiers comme déclaratifs de propriété. Ils conclurent de là, que le successible

(1) *Coutume de Paris.* De fiefs, § 1, glose 9, nos 43 et 47.

attributaire ou adjudicataire devait être dispensé des lods et ventes sur les parts de ses co-héritiers acquises par lui (1). La coutume de Paris, réformée en 1580, consacra cette opinion dans son article 80. Et, sept ans plus tard, un arrêt du 3 mars 1587 vint faire l'application du principe de la rétroactivité des effets du partage, à une licitation dans laquelle un co-héritier s'était porté adjudicataire et où on avait permis aux étrangers de mettre des enchères (2). Il fut jugé, en cette espèce, qu'il n'était dû ni droits de mutation ni profits seigneuriaux.

Le principe de l'effet rétroactif du partage est, on le voit, assez ancien ; il se trouve admis par tous les auteurs et d'une façon définitive au début du XVII^e^ siècle.

4. La doctrine et la jurisprudence, considérant les effets produits par le partage, ont voulu en fournir des explications, qui permettent de donner les raisons du résultat obtenu. Certains (et c'est l'opinion admise généralement) font dériver les effets du partage et des actes assimilés d'une fiction (3). « Chacun des co-partageants, à la suite du partage, est censé avoir succédé seul à tous les effets compris dans son lot ». Cette

(1) V. dans M. Desserteaux, nos 47 et suiv., toute la controverse qu'a soulevée sur cette question un texte de Charondas sur Bouteillier, LXXXIV, note I.

(2) Louet. Lettre L, som. 9, n° 2.

(3) Système de M. Laurent X, n° 393-435, développé par M. Wahl dans Baudry, VIII, nos 3270, 3290, 3295; 3313 et 3324; 3377 sq. — adde S., 91.1.417 et 1900.1.369 ; — Wahl. *Centenaire* et dans *Revue trim. de Droit civil*, 1906, p. 763.

formule, dont Pothier se servait déjà, est celle qui se rapproche le plus du texte de l'article 883. Mais ce système, qui ne se justifie pas par des arguments bien décisifs, prête, sur le terrain pratique, à de graves critiques. Il conduit à dire que l'article 883 doit rester sans application, toutes les fois qu'on se trouve dans un cas qui est en dehors de la lettre du texte.

En vue d'étendre davantage l'article 883, divers auteurs ont essayé de donner une autre application (1). Ils ne se contentent plus de définir le résultat obtenu, mais ils se demandent comment il s'est produit, comment, en un mot, on peut expliquer l'effet déclaratif du partage autrement que par le procédé de la fiction.

Chaque héritier, selon cette seconde interprétation, a un droit conditionnel sur l'ensemble des biens composant la succession, et la condition : c'est qu'ils figurent dans son lot. Sur les biens, dont il est attributaire, pas de difficultés : il en est propriétaire rétroactivement à l'exclusion de tous les autres. Sur ceux qui n'entrent pas dans son lot, la condition se trouve défaillie : il n'en a jamais été propriétaire.

Ce système semble séduisant au premier abord. Dans un grand nombre d'hypothèses, il conduit à la meilleure solution pratique. En outre, il est peut-être plus conforme à la tradition, car l'idée de résolution est plus ancienne en notre matière que celle de fiction. Enfin, au dire des praticiens, cette explication est celle qui rend le mieux compte du problème. En résulte-t-il

(1) Planiol, III, 2367 à 2410. — Brault. *De l'effet déclaratif du partage au point de vue fiscal*, thèse 1905.

que nous devions l'admettre ? Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait ou que l'on prouvât clairement son adoption par le législateur ou bien que toutes les solutions qui en découlent fussent parfaitement adaptées à la justice et aux nécessités pratiques.

La loi du 31 décembre 1910 nous suggère une idée que nous ne pouvons nous empêcher d'émettre, à propos de ce deuxième système. La loi nouvelle, en rattachant la disposition relative aux hypothèques consenties par tous les co-propriétaires à l'article 2125 du Code Civil et en parlant de co-propriétaires indivis à côté de co-propriétaires sous condition, n'a-t-elle pas voulu consacrer la théorie que nous venons de présenter (1). Nous ne le croyons pas et, si le législateur a rattaché à l'article 2125 la réforme accomplie, c'est, vraisemblablement, qu'il ne pouvait la mettre à la suite d'un autre texte. Il a voulu, en effet, écarter le système défavorable au créancier hypothécaire que la Cour Suprême avait édifié en s'appuyant sur cet article du Code. Nous ne croyons pas non plus, que la loi nouvelle ait voulu condamner l'opinion des auteurs qui prétendent expliquer l'effet déclaratif du partage, par le jeu d'une condition suspensive d'une part, et résolutoire de l'autre. Elle n'a certes pas mis fin à la controverse qui s'est élevée sous l'empire du Code sur la nature même du principe.

Aux deux théories précédentes qui ont été admises longtemps par la doctrine et qui, actuellement encore,

(1) V. dans *Revue critique de Législation et de Jurisprudence* la dissertation de M. Palmade sur la loi du 31 décembre 1910, t. XL, n° 7-8, année 1911.

sont adoptées par certains auteurs, nous opposerons un troisième système auquel vont nos préférences et qui, selon nous, donne la véritable explication du principe : il s'appuie sur l'idée de saisine.

Pour s'en faire une conception bien nette, il suffit de mettre en parallèle les deux hypothèses que nous pouvons rencontrer en pratique dans toute succession : c'est-à-dire rapprocher le cas où le partage est nécessaire de celui où il est inutile par le fait de la présence d'un seul ayant-droit. Le partage ne s'impose pas quand une succession repose sur la tête d'un seul héritier, celui-ci étant propriétaire de tous les biens qui la composent et non pas d'une quote-part déterminée. Au contraire, quand cette même succession se trouve représentée par plusieurs co-héritiers, le partage devient une nécessité. Cet acte, une fois réalisé, les résultats doivent être identiques à ceux du premier cas où un seul héritier se trouvait saisi de tous les biens dès le décès du de cujus.

5. Au cours de notre étude sur les hypothèques de biens indivis, nous aurons l'occasion de dire, en présence des espèces que nous envisagerons, s'il y a lieu de leur appliquer l'art. 883 du Code Civil et d'en déduire les effets que la rétroactivité comporte. Il nous faut, cependant, envisager, dès maintenant, et d'une façon sommaire, les actes qui y sont soumis.

L'art. 883 s'applique nécessairement en première ligne au partage pur et simple, au partage en nature.

L'effet déclaratif appartient encore au partage, quand l'un des co-héritiers reçoit plus que sa part en

payant une soulte aux autres. Son lot tout entier est exempt des effets de l'indivision et est traité comme lui ayant toujours appartenu, et à lui seul.

Quand le bien indivis, mis aux enchères, est adjugé à l'un de ceux qui en étaient, primitivement, co-propriétaires, la licitation vaut encore partage. Elle produirait d'autres effets, dans le cas ou l'enchérisseur serait un tiers, car l'acte, dans ce cas, vaudrait vente et produirait tous les effets de la vente.

L'effet déclaratif se produit encore en cas de vente amiable, de cession de droits successifs, faites au profit d'un co-héritier. L'assimilitation est admise pour la vente amiable depuis un arrêt de la Cour de Metz du 20 décembre 1865 (1).

Quant à la cession de droits successifs l'opinion générale est d'accord pour lui appliquer l'effet déclaratif (2). Mais les arrêts se montrent plus exigeants (3). L'objection la plus importante qu'ils font à la doctrine est celle-ci : l'effet déclaratif ne peut vraiment se produire que lorsque l'indivision cesse totalement entre les co-héritiers.

Nous ne pouvons admettre cette jurisprudence. Selon nous, la seule condition nécessaire pour appliquer à un acte l'effet déclaratif du partage, c'est qu'il y ait concours de tous les indivisaires à l'opération. Quand ce concours interviendra, il y aura partage et il en sera de même pour la cession de droits successifs.

(1) D., 66.2.10 ; S., 66.2.281. Un arrêt plus récent de la Cour de Grenoble est dans le même sens. D., 93.2.127 ; S., 93.2.265.

(2) MM. Demolombe, t. XVII, nos 279, 280 ; Aubry et Rau, t. VI, § 625, p. 557 et 558, texte et note 7 ; Laurent, t. X, nos 423 et 424, partagent cet avis.

(3) Aix, 30 avril 1885. S. sous-cass., 88.1.257,

6. Nous pourrions, après avoir considéré les différentes hypothèses, où l'effet déclaratif du partage se produit, envisager quels biens sont soumis à cet effet déclaratif.

Comme les biens corporels sont dans l'indivision à la suite du décès de leur propriétaire, c'est à eux que s'applique, dès que le partage est opéré, l'effet déclaratif.

Par contre, la question est vivement controversée, en ce qui concerne les créances héréditaires divisibles. La difficulté provient de l'art. 1220 du Code Civil, d'après lequel les créances en question se divisent de plein droit entre les héritiers. Dès lors, peut-on dire, puisque la loi elle-même opère de plein droit le partage des créances héréditaires entre les héritiers, ces créances se trouvent en dehors de la masse à partager, et, par suite, il ne saurait être question de leur appliquer l'effet déclaratif du partage. Sans doute, il arrive souvent qu'en fait une créance héréditaire est comprise dans le partage et qu'elle est attribuée pour le tout à l'un des co-partageants, mais cette combinaison ne constitue-t-elle pas une cession de créance et non un partage et ne faut-il pas lui appliquer les règles de la cession de créances plutôt que celles du partage.

Toutefois, il faut reconnaître que cette solution ne va pas de soi, car, d'une part, l'art. 832 dit formellement que les créances héréditaires sont comprises dans le partage, et, d'autre part, l'art. 883 sur l'effet déclaratif du partage est conçu en termes généraux et absolus qui comprennent les créances aussi bien que les choses corporelles.

En présence de ces textes qui semblent contredire l'art. 1220, que faut-il décider ?

Un premier système, aujourd'hui complètement abandonné, appliquait même rétroactivement aux créances l'effet déclaratif du partage, quand elles y avaient été comprises.

En sens inverse, un autre système enseigné longtemps à la Faculté de Paris, notamment par M. Beudant, faisait entièrement prévaloir l'art. 1220 sur l'art. 883. Par suite, l'emploi des formes de l'art. 1690 devenait nécessaire, et le paiement ou les compensations, régulièrement accomplis avant la signification du transport ou son acceptation par le débiteur étaient opposables au cessionnaire.

Nos préférences vont à un troisième système admis par la jurisprudence qui a suivi l'interprétation donnée par MM. Aubry et Rau et Demolombe. Il consiste à faire à chacun des deux articles sa part d'application. L'art. 1220 régit la période comprise entre le décès et le partage ; l'art. 883 s'applique à compter du partage, sans effet rétroactif.

Pour le prix d'adjudication d'un immeuble indivis, lorsqu'il est attribué à un seul co-héritier, une difficulté s'élève. Peut-on considérer cet attributaire du prix comme ayant été seul propriétaire de l'immeuble au temps de l'indivision et partant seul vendeur ? Ou bien, l'acquéreur doit-il être réputé avoir pour vendeurs tous les propriétaires primitifs de l'immeuble ?

La jurisprudence de la Cour de Cassation a changé deux fois, pour revenir enfin à la première solution.

La Cour, toutes chambres réunies, le 5 décembre 1907, est revenue sur la décision admise par elle avant 1887 et a décidé que l'attributaire du prix devait être considéré comme ayant été antérieurement seul propriétaire de l'immeuble vendu. Dans cette hypothèse, il faut encore appliquer l'effet déclaratif.

7. Le partage et les différents actes assimilés produisent leur effet rétroactivement au jour du décès, hypothèse que nous avons envisagée particulièrement, mais à laquelle on peut assimiler celles du partage de communauté, du partage de société, lors de leur liquidation.

Ainsi les conquêts attribués par partage, à l'un des époux, lors de la dissolution de la communauté lui appartiennent sans doute, depuis le jour où ces immeubles sont entrés dans la masse que les conjoints possédaient en commun ; mais la liquidation réalisée ne faisant disparaître ni les pouvoirs du mari, ni l'incapacité de la femme, le sort des actes accomplis par eux ne dépend du résultat du partage qu'à partir du jour où la communauté s'est dissoute.

De même pour les biens d'une société civile, l'effet déclaratif ne peut rétroagir avant la liquidation définitive. Les pouvoirs conférés par les associés aux administrateurs ont pour conséquence de laisser subsister les actes accomplis par eux, suivant les prescriptions du contrat de société et de refuser tout effet à ceux effectués par les associés qui n'ont reçu aucun mandat : la nullité de ces derniers actes résulte de l'art. 1860 du Code Civil.

Ayant envisagé l'extension que l'on doit donner à l'effet déclaratif du partage, il nous reste à déduire les conséquences du principe que nous avons examiné, tant au point de vue civil qu'au point de vue fiscal.

La principale conséquence civile se rattache à l'examen de l'hypothèse que nous allons spécialement considérer.

Préalablement à cette étude, qui fera l'objet de notre travail, disons un mot des différents effets que ce principe peut produire sur les deux points dont nous avons parlé.

Au point de vue civil les aliénations et créations de droit réels consenties durant l'indivision demeurent sans effet si le constituant, l'aliénateur, n'est pas celui qui est attributaire du bien qu'il a grevé.

D'autre part, le partage et les actes assimilés étant déclaratifs ne donnent pas lieu à la formalité de la transcription. La loi du 23 mars 1855 vise expressément les aliénations translatives entre vifs.

De même le partage ne peut être résolu pour défaut de paiement d'une soulte ou du prix de licitation.

Les co-héritiers ne sont pas les ayants-cause les uns des autres ; ils tiennent leurs droits du défunt.

Les conséquences seraient inverses si les actes énoncés valaient vente.

Au point de vue fiscal, le principe, étant posé, doit donner lieu à la perception de droits différents suivant la nature de l'opération : partage pur et simple, partage avec soulte ou licitation au profit d'un co-partageant.

S'il s'agit d'un partage pur et simple il est traité comme purement déclaratif et, à ce titre, il devrait être

exempt du droit de mutation qui frappe toutes les transmissions de biens. Mais la tradition n'est pas très favorable à l'effet déclaratif en matière fiscale. Les exemptions de profits féodaux, du reste, avaient été introduites sous l'ancien Droit en vertu d'idées différentes des idées d'aliénation nécessaire et de non-mutation d'hommes, comme le dit M. Garnier (1). C'est en quelque sorte par erreur qu'au XVIII^e^ siècle on avait cru que ces solutions découlaient de l'effet déclaratif. Et, sur certains points, on avait continué d'admettre en matière fiscale des solutions tout à fait inconciliables avec l'effet déclaratif.

Nous sommes loin cependant de l'impôt de contrôle qui était perçu à la fin de l'ancien Régime. Cela tient à l'esprit de fiscalité dont la législation actuelle se trouve imprégnée. Il faut ajouter toutefois que le droit perçu est beaucoup moins élevé que le droit qui serait réclamé en cas de mutation ordinaire.

Il a varié suivant diverses lois. La loi du 22 frimaire an VII, l'avait soumis à un simple droit fixe de trois francs (2), porté à cinq francs en 1816.

La loi du 28 février 1872 dans son article 1^er^, § 5, a assujetti au droit gradué « les partages des sommes et valeurs de biens meubles et immeubles entre co-propriétaires, co-héritiers, co-associés, à quelque titre que ce soit » et a ajouté « que le droit gradué serait perçu sur le montant de l'actif net partagé ».

(1) V. Garnier. *Répertoire général et raisonné d'Enregistrement.* Partage, nos 230 et 231 ; Licitation, no 23.

(2) Art. 68, § 3, 1.

La loi du 28 avril 1893 dans son article 19 a modifié le droit qui de gradué est devenu proportionnel et a stipulé que les partages prévus par l'article précité de la loi de 1872 seraient soumis au droit de 0,15 centimes pour cent.

Le partage en nature est régi actuellement par la loi du 29 avril 1905 (art. 5) qui a augmenté l'ancien droit proportionnel de 0,05 centimes %. Il est donc actuellement de 0,20 centimes % et ce droit est soumis aux décimes.

S'il s'agit de partage avec soulte et licitation, les droits actuels sont perçus avec plus de rigueur que les anciens profits féodaux. Il est vrai que la législation moderne a reproduit la divergence qui existait entre le droit féodal et le centième denier. La loi du 22 frimaire an VII qui est à peu près calquée sur celui-ci a frappé la soulte ou la part acquise par licitation d'un droit de transmission. L'héritier est traité comme acheteur pour tout ce qui excède sa part primitive et au lieu de payer le droit de 0,20 centimes % comme en cas de partage pur et simple, le co-partageant attributaire ou adjudicataire versera au fisc le droit de 4 % augmenté des décimes.

Etant donnée la nature déclarative de l'opération intervenue entre les héritiers, il semblerait que le partage ne dût jamais donner lieu au droit proportionnel de transcription, auquel, seuls, devraient être soumis les actes translatifs de propriété. Mais nous verrons au cours de notre étude que les prétentions de l'Enregistrement sont tout à fait différentes et contraires parfois à l'effet déclaratif du partage. Nous

aurons l'occasion de considérer également comment la jurisprudence a confirmé les décisions de la Régie, soit en vue de permettre aux parties de purger un immeuble héréditaire des hypothèques qui le grèvent, soit même dans l'intérêt particulier du fisc.

Le principe d'après lequel le partage est déclaratif et non translatif reçoit donc une application bien moins large en droit fiscal qu'en droit civil.

8. Notre travail comprendra deux parties, qui se subdiviseront elles-mêmes en deux sections.

La première partie sera consacrée à l'étude de l'hypothèque constituée sur biens indivis par un ou plusieurs co-propriétaires.

A ce point de vue, il nous faudra dans une première section en examiner les effets, en passant en revue les partages en nature et avec soulte, la licitation-partage, la licitation-vente, la cession de droits successifs et les différents actes qui peuvent éventuellement produire des effets analogues. La deuxième section de la première partie sera réservée aux moyens employés par la pratique notariale pour éviter en matière hypothécaire les effets dangereux de l'article 883.

Dans la deuxième partie nous parlerons des hypothèques établies sur les mêmes biens par tous les co-propriétaires.

Une première section comportera l'étude de ces hypothèques et notamment de l'arrêt de cassation rendu le 12 janvier 1909.

La seconde section sera consacrée à l'examen du remède législatif apporté par la loi du 31 décembre 1910

aux inconvénients qu'entraînait encore, dans cette hypothèse, l'effet déclaratif du partage.

Nous discuterons ainsi les différentes notions du partage ; seulement, les faces de ce problème qui domine notre étude ne pourront être présentées que tour à tour. Notre travail comprendra une succession de divisions inégales en importance et en étendue.

PREMIÈRE PARTIE

HYPOTHÈQUES ÉTABLIES SUR BIENS INDIVIS PAR UN OU PLUSIEURS CO-PROPRIÉTAIRES

Section première

Étude de différents actes qui font cesser l'indivision; effets qu'ils produisent sur les hypothèques de biens indivis.

Généralités sur l'affectation hypothécaire de biens indivis. Quand peut-elle intervenir? Peut-on hypothéquer la totalité d'un bien indivis? 9.

9. Toute hypothèque consentie sur une part indivise dépend dans son existence des hasards du partage. Elle est validée quand la personne qui l'a constituée se trouve ultérieurement allotie de l'immeuble sur lequel elle porte. Grâce à l'art. 883 en effet ce co-partageant est déclaré avoir été toujours le propriétaire de cet immeuble. Il lui était donc possible de le donner

en garantie. Au cas contraire, si ses droits sont transportés sur d'autres biens, l'hypothèque s'évanouit parce qu'elle émane d'un non-propriétaire.

Nous nous proposons, dans cette première section, de passer en revue différents actes qui font cesser l'indivision et les conséquences qui peuvent se produire, à la suite du partage, quand un ou plusieurs co-propriétaires ont hypothéqué les droits qu'ils ont dans les biens indivis. Le partage, auquel nous avons consacré quelques pages de nos préliminaires, est ainsi le pivot de tout notre raisonnement.

Nous appliquerons dans les hypothèses que nous considérerons, le principe que nous avons posé précédemment. L'attributaire du bien hypothéqué est-il le constituant des hypothèques ? Si oui, elles prennent effet ; si non elles disparaissent ; nous en déduirons les conséquences.

Pour donner une juste idée des difficultés que font naître ces hypothèques il y aurait à passer en revue tous les droits des créanciers en général et des créanciers hypothécaires en particulier.

Notre travail, ainsi compris, nous entraînerait trop loin. Nous nous bornerons à l'analyse des hypothèques constituées pendant l'indivision par un ou plusieurs co-propriétaires.

Une question se pose naturellement à l'esprit avant d'approfondir cette étude. On pourrait penser, en considérant le caractère si aléatoire de l'hypothèque sur parts indivises, que ses cas d'application sont rares. Il n'en est rien, elle est fréquente dans la pratique des affaires. Ainsi les hypothèques légales, l'hypothèque

judiciaire atteignent mécaniquement tous les immeubles sur lesquels le débiteur acquiert des droits susceptibles d'être hypothéqués, elles s'étendront donc aux biens indivis dont il sera propriétaire pour une portion.

Un jugement qui donne acte de la reconnaissance volontaire d'un acte sous seing privé ou qui déclare sincère l'acte privé contesté fait naître une hypothèque générale soumise aux règles de l'hypothèque judiciaire. Les créanciers solliciteront ce jugement de vérification d'écriture qui leur est si favorable.

Plus ordinairement, en réalité, c'est sur les hypothèques légales que l'on raisonne. Elles ont cet avantage de frapper toute part immobilière dévolue au débiteur ; encore faut-il que finalement il soit propriétaire d'immeubles.

Mais il est permis de penser que, l'indivision amenant un accroissement de crédit, tout créancier demandera une garantie ou un supplément de garantie sur les immeubles impartagés.

D'ailleurs l'hypothèque sur parts indivises n'a rien qui ne soit licite et concevable. Pendant l'indivision les communistes ont un droit certain dans sa quotité, mais conditionnel dans son objet. Or, l'alinéa premier de l'art. 2125 du Code Civil permet d'hypothéquer les biens sur lesquels on n'a qu'un droit suspendu par une condition, seulement l'hypothèque qui en est consentie est soumise à la même condition.

Une première difficulté se présente qu'il nous faut éclaircir. Un seul co-propriétaire peut-il hypothéquer la totalité des biens indivis ? Pendant l'indivision, les différents co-indivisaires ne peuvent revendiquer qu'un

droit de propriété limité à une fraction du tout. N'importe quel propriétaire peut bien grever d'une hypothèque son lot tout entier ou une partie de ce lot à son gré, mais, à première vue, il semble qu'hypothéquer plus que sa part c'est hypothéquer la chose d'autrui : ce qui est prohibé par l'art. 2129 du Code Civil. Or l'interdiction prévue par ce dernier article rend l'hypothèque nulle, d'une nullité radicale.

Mais, objectera-t-on, rien ne s'oppose à la validité de l'hypothèque si le constituant devient par la suite propriétaire, puisque l'obstacle qui l'avait empêché de naître a disparu !

Cette opinion ne prévaut pas en jurisprudence et on considère que la nouvelle qualité du constituant n'a aucune influence sur l'hypothèque qui reste nulle. Des arrêts, déjà anciens, ont statué en ce sens (1) et les plus récents ont maintenu la même solution (2).

Cependant le principe de la rétroactivité des effets du partage permet de semblables conventions car dans cette hypothèse, en vertu de ce principe, le constituant n'aura pas hypothéqué la chose d'autrui mais le bien qui lui a toujours appartenu et dont il est devenu attributaire dès le jour du décès de son auteur. L'article 2129 du Code Civil, en tant qu'il prohibe l'hypothèque de la chose d'autrui, n'est pas applicable dans ce cas. Aussi, non seulement il sera possible d'hypothéquer tout le bien indivis, mais les créanciers agiront

(1) Bordeaux, 24 janvier 1833. S., 33.2.569; Dijon, 25 avril 1855, S., 55.2.403.

(2) Cass., 24 mai 1892. D., 92.1.327. S., 92.1.289. — Montpellier, 10 février 1896. S., 96.2.128.

sagement en sollicitant de leur débiteur une hypothèque assez large pour grever éventuellement l'ensemble de l'immeuble possédé en commun. En effet, comme le disent MM. Aubry et Rau : « Lorsque le propriétaire qui n'a affecté que sa part indivise deviendra, par suite du partage, propriétaire de la totalité de l'immeuble, l'hypothèque demeurera, malgré cet événement, restreinte à la part que le constituant avait dans cet immeuble (1). »

Dans la Jurisprudence la question ne se discute plus depuis longtemps (2).

C'est l'hypothèse d'une indivision, procédant d'une succession ouverte que nous envisageons de préférence. C'est le cadre que l'on choisit ordinairement pour de telles discussion. Toutefois, il est juste de dire que toutes les solutions que nous présenterons pourraient être appliquées dans tous les cas d'indivision. Ainsi, mêmes raisonnements dans les dissolutions de communauté conjugale provenant soit de la mort de l'un des époux, de leur divorce, de leur séparation de corps ou de biens, de l'annulation de leur mariage (3).

D'autre part, pendant la durée d'une société, les parts des associés, étant mobilières, les différents asso-

(1) T. XVII, p. 301. De même Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 2.1320 ; Guillouard, 2.949 ; Thezard-Laurent.

(2) Caen, août 1871. S., 1872.2.273 ; v. D., 1907.1.388, Cass., 26 mars 1907.

(3) En ce sens, Demolombe, t. XVII, p. 226; Aubry et Rau, nouvelle édition, 3.447 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 2.1322 ; Guillouard, 2.956. — En jurisprudence, l'assimilation est faite dans Cassation, Req. 14 décembre 1887. S., 89.1.195. — Grenoble, 21 janvier 1859. S., 60.2.11. — Grenoble, août 1847. D., 48.2.137.

ciés ne peuvent hypothéquer valablement les immeubles sociaux. Même quand la société est dissoute celle-ci étant censée subsister pendant les opérations de la liquidation, les hypothèques consenties par les associés sur leurs parts indivises dans les immeubles sociaux ne peuvent utilement grever ceux des immeubles qui ont été vendus pour les besoins de la liquidation (1).

§ I. Partage en nature. — Partage avec soulte

Partage en nature, 10. — Avec soulte, 11. — Le droit de préférence sur la soulte survit-il au droit de suite disparu? 12.

10. Le partage en nature emporte effet déclaratif : c'est une première application de l'art. 883. Ainsi en supposant qu'il n'y ait qu'un seul immeuble à partager, chacun des co-partageants est censé avoir toujours été propriétaire de la portion divise qui lui revient. Les hypothèques constituées par lui, antérieurement au partage, sont validées dans cette proportion.

Pour le cas où, au lieu d'un seul immeuble, nous en trouvons plusieurs à partager entre les co-héritiers, les hypothèques prendront naissance rétroactivement quand celui qui les a concédées sera attributaire de l'immeuble hypothéqué.

Un arrêt de Rouen (2) montre quelles conséquences

(1) Req. 29 nov. 1865. S., 65.1.325; — Aubry et Rau, 3.447. — Dans un sens restrictif, quant à l'assimilation, Req. 23 février 1891. S., 92.1.73. — Note de M. Meynial. D., 91.1.337.

(2) 1849. D., 50.2.97.

les opérations du partage peuvent présenter. Il s'agissait, en l'espèce, de deux successions à partager entre les mêmes héritiers. Seulement on avait réuni les biens en une même masse pour en faire la répartition. On arriva au résultat suivant : l'hypothèque sur la part indivise de l'un des co-partageants dans l'une des successions fut déclarée éteinte parce que le lot de cet héritier se composait d'un immeuble de l'autre succession.

Le partage impose donc parfois des conclusions qui sont en réalité inéquitables.

11. Si l'un des co-partageants a obtenu l'immeuble entier ou tous les immeubles il est redevable vis-à-vis de ses co-héritiers de sommes d'argent pour les remplir de leurs droits, nous nous trouvons en présence d'un partage avec soulte. Il emporte également l'effet déclaratif : c'est une solution traditionnelle. Rappelons que dans la première étape de l'ancien droit l'existence d'une soulte transformait le partage en vente ; mais la jurisprudence défavorable aux droits féodaux, introduisit l'opinion opposée qui triompha justement à propos d'hypothèques sur parts indivises. Un arrêt du 8 janvier 1569 décida, en effet, que les biens des co-héritiers autres que ceux qui avaient établi des droits réels sur leurs parts entreraient dans leur patrimoine, affranchis de toute charge, de toute hypothèque (1).

(1) Loüet. Lettre H, som. 11, nos 2 et 3. Cet arrêt semble se référer à une jurisprudence antérieure, qui ne nous est pas parvenue, car d'après Louet, il avait décidé que « le § final de la loi *si consensit* ne se gardoit pas au palais. »

Citons cependant un arrêt de Caen du 2 mai 1865, rapporté au Sirey, qui rompt avec l'unanimité des décisions de justice par un retour à la conception primitive (1). L'arrêt n'a point fait jurisprudence. Voici l'espèce qui y donna naissance : Il s'agissait d'un partage de succession, comprenant uniquement deux immeubles de valeur inégale. L'un des co-partageants avait obtenu le plus important de ces biens sous la condition de payer de ses deniers personnels une soulte pour compenser l'inégalité des lots. Le retour de lots, dans cette hypothèse, fut considéré comme le prix de vente d'un immeuble sur lequel le co-héritier créancier avait un droit de co-propriété.

La Cour décida qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 883. En conséquence, on permit au créancier (en l'espèce une femme mariée qui s'était constituée en dot ses biens présents et à venir et qui avait, en vertu de son contrat de mariage, le droit d'aliéner ses biens dotaux moyennant remploi) de révoquer l'acte qui suivant cette jurisprudence était une aliénation et non un partage.

Cet arrêt semble être l'application d'une théorie qui a été admise longtemps par les tribunaux (2) et qui actuellement encore est adoptée par M. Wahl (3). Ses partisans la réclament surtout lorsqu'ils se trouvent en présence d'une femme dotale et dans toutes les hypothèses du partage avec soulte.

(1) S., 65.2.261.

(2) Caen, 9 mars 1835. S., 1839.2.351. — Id., 5 novembre 1845. S., 1846.2.246. — Amiens, 19 juin 1847. S., 1848.2.305. — Cassation, 10 mars 1856. S., 1856.1.657.

(3) Baudry-Lacantinerie et Wahl, 3.4301.

Ce système distingue le cas où la soulte attribuée à la femme ou à un co-partageant consiste en valeurs héréditaires de celui où elle est prise en dehors de la masse à partager.

Dans la première hypothèse la femme, le créancier qui reçoivent la soulte, la tiennent, dit-on, immédiatement du défunt et, en vertu de l'art. 883, ils n'ont jamais été propriétaires de l'immeuble échu à l'autre co-héritier.

Dans la seconde, au contraire, le retour de lot provenant non pas de la succession mais du co-héritier alloti, représente la portion d'immeuble, dont la femme, le créancier étaient co-propriétaires. La soulte est, en réalité, un prix, et ce prix ne saurait être annihilé par l'effet rétroactif du partage.

Nous ne pouvons admettre ce système. Il aurait pour conséquence de rendre l'art. 883 inapplicable dans l'hypothèse où la soulte provient des deniers personnels d'un co-partageant. Or, la soulte ne provient-elle pas souvent pour ne pas être toujours du patrimoine de celui qui la doit. Nous ajouterons avec Laurent que l'effet déclaratif doit être étendu aux soultes de partage dans tous les cas (1).

On ne peut expliquer l'arrêt, dont nous venons de faire la critique que par une tradition chère au pays de « la sage coutume ». Il faut se rappeler que le procès se plaidait en Normandie où l'on admettait la maxime « bien de femme ne se peut perdre ». Le salut de la dot est la loi suprême devant laquelle tous les principes du droit doivent fléchir.

(1) T. X, p. 393.

Les co-partageants, créanciers de la soulte, n'ont jamais été propriétaires de l'immeuble attribué à l'un d'eux. Les hypothèques qui grevaient de leur chef cet immeuble, tombent. Cependant la soulte de partage est garantie par le privilège de co-partageant qui frappe les biens allotis. De telle sorte que les créanciers qui avaient eu le soin de prendre hypothèque sur l'immeuble entier se verront réduits à la part indivise du constituant. Ils subiront la préférence des autres indivisaires qui interviendront avant eux au paiement du retour de lot. L'utilité qu'offre l'hypothèque du tout ne se fait sentir qu'en l'absence de soultes à acquitter.

Ces explications nous amènent à l'étude de la question suivante.

12. Quand on s'est rendu compte que le gage des créanciers a disparu par le fait des attributions, ceux-ci n'ont-ils pas du moins, un droit plus positif que les simples chirographaires sur la soulte qui représente cette part ? Leur droit de préférence survit-il au droit de suite qui se trouve perdu ?

Selon la doctrine soutenue par la généralité des auteurs et les solutions admises par la plupart des tribunaux, il est impossible de se prévaloir d'aucun droit de préférence après la disparition du droit de suite. L'art. 883, dit-on, déclare que l'immeuble attribué à l'un des co-partageants n'a jamais appartenu aux autres. Ce qui est admis pour les co-partageants l'est également pour les créanciers. Comment peuvent-ils en effet se prévaloir d'un droit de préférence, corollaire

d'un droit de propriété, qui n'a jamais appartenu au constituant.

M. Duquaire (1) a fait valoir, après Rodière (2) des arguments en sens contraire..... L'art. 883 s'explique généralement par une fiction ; il est une anomalie. Il n'a été inventé que pour éviter des recours successifs ; mais, en pratique, il n'a que cette valeur. Il est faux parce qu'il est fictif. Il ne doit pas être étendu parce que ce qui est réel seul est extensible. L'art. 883 ne peut viser que les communistes. La loi fiscale nous servira de précieux indicateur pour connaître les intentions du législateur. Or elle divise les partages en trois catégories. Le partage en nature est, au sens propre du mot, seul déclaratif « erga omnes ». Le partage avec soulte, la licitation, ne le sont pas d'une façon aussi étendue (3).

M. Duquaire invoquait enfin quelques arrêts en faveur de l'interprétation restrictive de l'art. 883, dans une matière si voisine de celle que nous étudions qu'elle comporte les mêmes conclusions (4). L'auteur rapporte l'un des attendus les plus positifs : « Attendu que toute dérogation au droit général, toute fiction doit être absolument restreinte, au cas spécial pour lequel elle a été littéralement constatée... qu'il ne doit jamais être permis d'étendre une fiction, une dérogation par analogie d'un cas à un autre !... » Ainsi, ce qui est vrai pour les

(1) *Revue de Législation et de Jurisprudence*, 1853, p. 806 à 821.

(2) *Revue critique*, 1852.

(3) Championnière et Rigaud, nº 2674. *Traité d'Enregistrement.* — Wahl. *Traité de Droit fiscal*, nº 552.

(4) Arrêts du 6 novembre 1832 ; 27 mai 1835 ; 13 août 1838 ; 3 décembre 1839.

co-partageants ne l'est pas pour les créanciers. Si le droit de suite de leur représentant a disparu, le droit de préférence subsiste à l'égard des créanciers hypothécaires sur le montant de la soulte. Vis-à-vis d'eux, les hypothèques ont produit leur effet légal.

MM. Aubry et Rau tiennent le même raisonnement (1). La même conclusion doit donc être admise : le co-héritier ne tient pas sa soulte du de cujus, c'est-à-dire que l'effet déclaratif ne s'applique pas à la soulte de partage. La distribution de la soulte se fait entre les différents créanciers hypothécaires par voie d'ordre et non par voie de contribution.

D'autres auteurs se sont ralliés à cette opinion par esprit d'équité (2).

On fait de sérieuses objections. En l'absence de tout texte de loi contraire, le droit de préférence doit disparaître en même temps que le droit de suite (3). Or rien ne nous permet de le faire survivre ici.

Et tout d'abord, pour justifier notre opinion, nous n'aurons pas recours au procédé de la fiction que M. Duquaire trouve faux. Nous expliquerons les conséquences du principe contenu dans l'art. 883 du Code Civil par le système que nous avons exposé dans notre introduction. Nous dirons que l'attributaire du bien, autrefois grevé de charges, recueille dans son patrimoine ce bien désormais affranchi de toute hypothèque parce qu'il le reçoit directement de son

(1) Aubry et Rau, § 625, t. VI, n° 29.

(2) de Folleville. *Revue générale du droit*, 1897, 403. Note Dalloz, 91.1.249. — Colmet de Santerre. *Revue critique*, 1864, p. 490. Huc. 5, n° 440.

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 3.455.

auteur. Il en a été saisi, à la suite du partage, comme il l'aurait eu en tant que seul représentant du de cujus, c'est-à-dire au cas où cette opération eût été inutile. Son co-partageant aura bien droit à la soulte dont le co-héritier alloti est redevable, soulte qui servira à désintéresser tous ses créanciers sans distinction. Et, parmi ces derniers, ceux qui avaient, avant le partage, des droits réels sur le bien, ne pourront se prévaloir ni d'avantages qui, en vertu de la rétroactivité du partage, n'ont jamais existé, ni d'un droit de préférence, corollaire d'un droit de suite qu'ils n'ont jamais eu. Nous ajouterons, pour réfuter les raisons invoquées par M. Duquaire, que ce qui est vrai pour les co-partageants l'est également pour les créanciers. Le paiement de la soulte sera garanti par une hypothèque privilégiée qui est soumise, sauf dérogation, aux lois hypothécaires. Or que serait ce maintien du droit de préférence sur une créance déjà garantie par une hypothèque sinon le rétablissement de l'ancienne pratique des sous-ordres : ce que l'art. 775 du Code de Procédure Civile prohibe.

Ceci nous paraît valoir condamnation définitive de tout droit de préférence de seconde main.

L'argumentation de MM. Aubry et Rau repose sur un principe de subrogation réelle qui fait commettre des confusions. En notre matière, on ne peut pas dire : la soulte étant la représentation d'un bien ne provient pas du défunt. La règle « subrogatum subrogati capit naturam » ne peut pas toujours être prise à la lettre. Le co-partageant, débiteur de soulte, est bien déclaré avoir toujours été propriétaire de l'immeuble qui lui

échoit ; mais à une condition c'est qu'en même temps il faudra le considérer comme tenu d'une dette vis-à-vis des autres communistes, dette qui procède de leur vocation héréditaire. Appliquer ici la subrogation réelle, nous ferait vite tourner dans un cercle vicieux.

L'opinion générale à laquelle nous nous rallions semble donc apprécier d'une façon différente les termes de la loi. Il n'y a point de droit de préférence survivant au droit de suite : c'est la conséquence de l'interprétation rationnelle de l'art. 883 (1).

Quant à la jurisprudence, elle est favorable à l'opinion admise par la généralité des auteurs (2).

§ II. Licitation-partage

Licitation au profit d'un héritier bénéficiaire, 13. — D'un tiers cessionnaire de droits successifs, 14. — D'un indivisaire cessionnaire de droits successifs, 15. — Licitation au profit de plusieurs héritiers, évolution de la jurisprudence, 16. — Opinion des auteurs, 17. — De l'administration de l'Enregistrement, 18. — Sort de l'indivision nouvelle, 19. — Licitation effectuée au profit d'un communiste et d'un tiers, 20. — Vente amiable, 21.

13. Toute licitation, judiciaire ou non, vaut partage dès que l'un des indivisaires est l'adjudicataire. Ainsi seules sont validées les hypothèques consenties par

(1) Demolombe, 17, n° 317. — Laurent, t. X, 354.

(2) Angers, 1876. D., 78.2.185. — Alger, 8 janvier 1877. D., id. — Caen, mai 1877, Cass., Req. 1888. D., 88.1.249. — Bordeaux, 1897. D., 98.2.377. — Précédemment encore, Nimes, 1869. S., 71.2.157. — Cependant on relève quelques décisions en sens contraire. V. surtout Alger, 1896. D., 98.2.81.

ce dernier sur l'immeuble dont il est attributaire en totalité.

Nous allons examiner différents cas présentant des difficultés qu'il est nécessaire de relever.

Peut-on admettre le même résultat quand l'adjudicataire est un héritier qui a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire ?

Ce qui caractérise l'acceptation bénéficiaire, c'est la double qualité qui se trouve chez l'héritier. D'abord, il est propriétaire de la succession comme les autres pour une partie : il est héritier ; mais, en second lieu, son patrimoine est étranger à l'hérédité et il est à l'abri des dettes de la succession, comme le serait le patrimoine d'un non successible. De ces deux qualités quelle est celle qui doit être prépondérante ?

Si l'héritier bénéficiaire se rend adjudicataire à la suite d'une licitation, l'opération intervenue est-elle une vente parce qu'elle s'accomplit au profit d'un tiers ou bien est-ce un partage produisant l'effet déclaratif et ses conséquences ordinaires sur les hypothèques consenties par lui durant l'indivision ?

Historiquement, l'héritier sous bénéfice d'inventaire pouvait, malgré son acceptation, être remplacé par un autre successible d'un degré plus éloigné qui prenait sa place comme héritier pur et simple (1).

Les auteurs du XVII^e^ siècle estimaient que la licitation au profit d'un héritier bénéficiaire était une vente (2).

(1) Loysel, n° 320.

(2) Pocquet de Livonnière, 3 c., s. 2, 160. — Fonmaur. *Code et Ventes*, 1, n° 302. — Guyot. *Jurisprudence. Parlement de Paris*, 1662-1696.

Au XVIII^e siècle, Pothier compare l'héritier sous bénéfice d'inventaire à un tuteur de la succession.

Mourlon est du même avis puisqu'il professe qu'il est « un administrateur, un détenteur de la succession », pour mieux expliquer sa situation privilégiée.

Cette prétention de mettre l'héritier bénéficiaire adjudicataire sur le même rang qu'un étranger, procède de l'idée suivant laquelle il ne serait qu'un liquidateur de la succession. Et, par une exception aux règles du mandat, il pourrait être adjudicataire dans une licitation nécessitée par la liquidation.

Cette opinion a été rejetée. L'héritier bénéficiaire est avant tout un héritier soumis, sans doute, à des restrictions légales qui, une fois transgressées, le rendent héritier pur et simple. La liquidation qu'il fait a pour but de recueillir définitivement la portion d'actif qui restera après acquittement du passif. La licitation à son profit produit l'effet déclaratif du partage. Il n'aura pas à payer un deuxième droit de mutation sur sa part virile dans les biens licités. Donc, en dehors du droit de transmission à cause de mort payé lors de la déclaration de succession et qui varie avec le degré de parenté, le seul droit exigible à la suite de la licitation est celui de soulte ou de transmission sur les parts acquises simplement, c'est-à-dire selon le tarif actuel 4 % augmenté de deux décimes et demi ou du quart (1).

Mais, l'héritier bénéficiaire, *étranger aux dettes du défunt*, ayant par conséquent un titre d'acquisition qui lui permet de purger, devra acquitter en même

(1) V. *Répertoire de l'Enregistrement*, par GARNIER. Bénéfice d'inventaire, nos 65 et 66.

temps que le droit de licitation le droit proportionnel de transcription (1). La loi du 28 avril 1816 décide, en effet, que le droit proportionnel de transcription doit être perçu en même temps que le droit de mutation (qu'il y ait soulte ou non) alors même que l'acte n'est pas présenté à la transcription « toutes les fois qu'il est de nature à être transcrit ». La transcription, dans cette hypothèse, n'a de valeur propre qu'au point de vue de la purge (2).

Citons, à l'appui de notre thèse, un arrêt de la Cour de Toulouse du 5 janvier 1887 qui a fait une exacte application des principes que nous venons d'émettre (3).

Il s'agissait, en l'espèce, d'un héritier bénéficiaire qui s'était rendu adjudicataire des immeubles d'une succession. La Cour fait ressortir, d'une façon très claire, la distinction dont nous avons parlé plus haut. « L'héritier doit deux droits différents par leur nature, indépendants l'un de l'autre, quoique le règlement de l'un serve de base au règlement de l'autre ; l'un, celui de mutation, dérive de la transmission de la propriété ; quant à celui de transcription, il se rattache à la purge des hypothèques et, par cette unique raison, est imposé à l'héritier bénéficiaire, quoique celui-ci soit déjà propriétaire par l'effet légal de la saisine. »

La Cour confirme encore la solution que nous avons

(1) Pour l'enregistrement d'une vente ordinaire d'immeuble il est perçu un droit de 7 %, dans lequel est compris le droit de transcription de 1,50 % et les décimes.

(2) Il convient de remarquer que l'adjudicataire paiera le droit de transcription, même sur sa propre part, parce que ce droit représente le prix d'une formalité qui de sa nature est indivisible. Voir Garnier déjà cité, *Hypothèque*, n° 1024.

3) *Gazette des Tribunaux du Midi*, numéro du 27 février 1887.

admise en ce qui concerne la qualité du bénéficiaire. Elle dit en propres termes : « On ne saurait voir, dans la personne de l'héritier bénéficiaire adjudicataire sur licitation, un mandataire des créanciers : qu'en réalité, il n'a pas, relativement à l'adjudication, géré l'affaire de la succession ; qu'il a, évidemment, agi pour son compte personnel ». L'arrêt en tire cette conclusion qu'il est obligé de payer les droits de mutation et d'en remettre le montant au compte de la succession bénéficiaire qui les avait acquittés à sa place (1).

La licitation faite au profit d'un héritier bénéficiaire vaudra donc partage, et les hypothèques grevant l'immeuble licité du chef des autres co-héritiers deviendront sans effet. La doctrine est presque unanime pour sanctionner notre opinion. La jurisprudence partageait d'abord le sentiment de nos anciens auteurs (2). Mais la Cour Suprême revint sur cette décision en 1839 (3).

Ainsi, selon la jurisprudence et la doctrine des auteurs, la licitation au profit d'un héritier bénéficiaire vaut partage.

L'effet déclaratif trouve encore son application dans le cas où les étrangers ont été admis à enchérir pourvu toujours que l'un des communistes ait été finalement adjudicataire (4).

(1) Cet arrêt a été critiqué par M. Planiol (t. III, n° 2116) mais à tort, croyons-nous, car il ne semble contredire aucun des principes de jurisprudence que nous avons exposés.

(2) Cass., 1835. Rép. Dalloz, v. Successions 2185, 3.35.1.341.

(3) Rép. Dalloz, v. Enregistrement, 6025.

(4) Cependant un arrêt de Toulouse en sens contraire du 12 février 1846 (nouveau Code civil annoté Dalloz, a. 883, n° 355) retourne à une jurisprudence qui était admise autrefois.

14. Une seconde difficulté peut se présenter en cas de licitation. Un co-héritier a hypothéqué sa part indivise dans un immeuble de la succession ; mais la licitation est faite au profit d'un tiers cessionnaire de droits successifs. Peut-on dire, dans ce cas, que l'opération doive produire son effet ordinaire parce que l'adjudicataire tient son titre d'un co-partageant ? S'il en est ainsi, seules les hypothèques consenties par le cédant subsisteront ; celles qui émanent d'autres co-partageants s'évanouiront. La majorité des auteurs a fait triompher cette interprétation (1).

Cependant certains estiment qu'il faut un titre commun entre les divers co-indivisaires (2), c'est-à-dire qu'il faut qu'ils aient des droits procédant de la même origine en qualité de co-propriétaires, de co-légataires. De sorte que, selon eux, l'art. 883 du Code Civil ne pourrait pas être invoqué par exemple par celui qui, devenu co-propriétaire d'un immeuble héréditaire en vertu de la cession de parts qui lui a été consentie par quelques-uns des co-héritiers, aurait ensuite acquis les autres portions de l'immeuble par une vente nouvelle. Or, le cessionnaire, dans l'hypothèse qui nous intéresse, fait valoir des droits qu'il a acquis de l'un des co-partageants et non du défunt. Mais ces droits transmis doivent comporter, pour l'étranger qui représente véritablement le communiste vendeur de ses droits, la faculté d'invoquer l'effet déclaratif. En outre, le

(1) Demolombe, 17, p. 289 ; Aubry et Rau, 6 § 625 ; Labbé, S., 88.1.241 ; Huc., V. 342.

(2) Douai, 1848. S., 49.2.393. — Rolland de Villargues. Rép., v. Licitation, n° 98 ; Duvergier, *Vente*, 2.149.

cessionnaire de droits successifs est créancier d'une action en garantie vis-à-vis de son auteur. Il doit pouvoir jouir des mêmes prérogatives que lui. Les recours seraient nombreux en notre hypothèse si on adoptait une opinion opposée à la tendance générale (1). Quel que soit le point de départ de l'indivision entre co-propriétaires il y a lieu d'éviter toutes actions récursoires. La Cour de Cassation, depuis un arrêt du 27 janvier 1857, est dans ce sens et juge qu'il est bon d'appliquer ici encore l'article 883 (2).

15. Maintenant, si l'un des indivisaires, cessionnaire de droits successifs de son co-indivisaire, est adjudicataire sur licitation, l'effet déclaratif se produira certainement. Mais supportera-t-il les seules charges hypothécaires provenant de son chef ou bien supportera-t-il encore les charges provenant de son cédant ? Il faut savoir préalablement si la cession de droits successifs antérieure a produit effet déclaratif. Si oui, le bien licité sera grevé des hypothèques venant du cessionnaire seul. « Or, la cession qui avait eu lieu n'avait pas mis fin à l'indivision, le partage n'était pas fait : il était toujours à faire et le co-héritier cessionnaire avait, dès lors, toujours le droit d'y prendre part et d'en invoquer les effets en sa qualité de co-héritier ; or, d'une part, on suppose qu'il s'est rendu, en sa qualité de co-héritier, adjudicataire sur licitation ; d'autre part, la licitation a cet effet que le co-héritier adjudi-

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. III, p. 338.

(2) S., 57.1.665; D., 57.1.5. — Dans le même sens, Cassation, 3 mars 1886. D., 86.1.353; S., 88.1.241.

cataire est censé avoir succédé seul aux biens à lui échus de cette manière ; donc, le co-héritier, dans notre hypothèse, est censé avoir succédé à l'objet licité non pas comme cessionnaire ou ayant cause de ses co-héritiers cédants ou vendeurs mais en vertu de sa propre vocation héréditaire et de l'effet déclaratif de la licitation. Et par suite, la portion qui, dans son lot, représente, désormais, la portion héréditaire de ses cédants n'est que la portion afférente à ceux-ci dans le prix de l'adjudication, c'est-à-dire une pure valeur mobilière qui n'est pas susceptible d'être hypothéquée. »

« Quant à l'effet du partage et de la licitation considéré soit entre le co-héritier cessionnaire de l'un de ses co-héritiers et les autres co-héritiers, soit entre les co-héritiers adjudicataires eux-mêmes, les uns à l'égard des autres, il sera tout naturellement déclaratif d'après l'art. 883 et les uns ne seront pas tenus sur les biens qui tomberont dans leur lot des charges créées du chef des autres. C'est ainsi que Pothier écrivait que l'effet déclaratif a lieu non seulement à l'égard du premier partage qui se fait entre les co-héritiers, mais encore pareillement à l'égard des subdivisions (1). »

16. Il y a lieu d'étudier encore le cas ou deux ou plusieurs communistes se sont rendus adjudicataires sur licitation. Y a-t-il encore partage quand l'indivision n'a pas cessé à l'égard de tous les co-indivisaires? S'il y a partage, il est bien certain que seules subsisteront les hypothèques nées du chef des adjudicataires.

(1) Demolombe, 17, p. 332.

S'il y a vente, les hypothèques antérieures continueront à grever l'immeuble licité.

Dans l'ancien droit, la licitation, même au profit de plusieurs, emportait l'effet déclaratif (1). On n'exigeait pas comme condition essentielle du partage la cessation complète d'indivision. Ce premier système se justifiait fort bien. Tous les communistes sont intervenus dans la licitation. Or, quand les co-partageants s'entendent ainsi pour attribuer un lot à plusieurs, cette opération semble produire tous les effets de l'art. 883. Il fallait toutefois que l'un des co-héritiers fût rempli complètement de ses droits dans cette attribution des biens. De la sorte il y avait allotissement définitif et en conséquence partage. La nécessité de l'intervention de tous n'était par rigoureusement exigée.

Une autre opinion apparaît bientôt ; elle exige que toute opération pour sortir d'indivision comporte désormais la coopération de tous les co-indivisaires pour produire partage (2). La licitation remplit cette condition puisqu'elle est une mise aux enchères faite par tous.

Puis, conformément à un rapport du conseiller Mestadier (3), tout partage doit faire cesser complètement l'indivision. De sorte que l'adjudication faite au profit de plusieurs est une vente et non un partage (4). C'est cette opinion qui se développera de plus

(1) Guyot. *Fiefs*, 1.3 § 89. — Pothier, n° 457. — Foumaux. *Lods et Ventes*, § 9, n° 6.

(2) Paris, 16 avril 1821. Sirey, chron.

(3) Cass., 27 mai 1835.

(4) Cass., 16 janvier 1827. S., chron. — Cass., 27 décembre 1830. S., chron. — Cass., 31 janvier 1832. S., 32.1.160. — Cass., 16 mai 1832.

en plus en jurisprudence avec quelques retours parfois.

Il faut donc deux conditions pour que l'art. 883 puisse s'appliquer. D'abord, l'intervention de tous les indivisaires dans le partage ; en deuxième lieu, la cessation totale de l'indivision.

Voici les raisons qui ont motivé cette réforme. L'art. 883, quand il s'applique, fait tomber toutes les hypothèques consenties par ceux qui ne sont pas adjudicataires sur licitation. Il importe de restreindre cet effet redoutable aux seuls cas que la loi détermine. Or celle-ci, dans l'art. 883, semble dans ses termes exiger une cessation absolue de l'indivision.

Cependant, dès 1878, des dissentiments apparaissent dans les décisions de justice (1). La Cour de Cassation garde bien la notion du partage qu'elle a définie avec cessation absolue de l'indivision, mais avec un correctif (2) : les immeubles qui restent indivis après la licitation effectuée au profit de plusieurs communistes sont débarrassés des hypothèques établies par ceux qui sont allotis même d'une façon imparfaite. On appliquait ainsi une des conséquences du partage sans le reconnaître, puisque l'on admettait que la licitation, qui n'avait point mis fin à l'indivision de tous, avait la propriété de résoudre les hypothèques nées des constituants allotis sur les biens restés en communauté.

S., 32.1.602. — Cass., 6 novembre 1832. S., 33.1.66. — Cass., 15 décembre 1832. S., 33.1.394. — Montpellier, 6 mai 1831. S., 31.2.278. — Bourges, 26 janvier 1844. S., 45.2.426. — Limoges, 14 février 1845. S., 45.2.641.

(1) Bourges, 12 janvier 1878. S., 78.2.131 ; D., 79.2.85.

(2) Cass., 9 décembre 1878. D., 79.1.299.

Peu après, il va devenir difficile d'exposer la tendance de la jurisprudence, car les arrêts se contredisent (1).

17. En doctrine, Championnière et Rigaud (2), Mourlon (3) ont conservé l'interprétation pure de l'ancien droit. Ils ne réclament même pas l'intervention des parties.

M. Laurent, puis MM. Planiol, Baudry-Lacantinerie et Wahl estiment que toute licitation au profit de plusieurs indivisaires est déclarative. Ils se contentent de l'intervention des communistes au partage pour que l'effet déclaratif se produise, sans se demander si l'indivision a cessé totalement ou non.

C'est à l'opinion de ces derniers auteurs que la jurisprudence paraît se rallier après une période de grande incertitude. De sorte que les hypothèques, consenties durant l'indivision par les co-partageants conjointement adjudicataires sur licitation, disparaissent des biens demeurés dans l'indivision. De cette conséquence M. l'avocat général Fabreguettes (4) conclut qu'il est temps pour la Cour de revenir maintenant à la saine

(1) Ainsi nous voyons d'une part : Poitiers, 10 juillet 1889. D., 90.2.103; — Alger, 10 avril 1894. D., 94.2.462, qui proclament la licitation prononcée au profit de plusieurs conjointement translative, et d'autre part: Besançon, 23 décembre 1891. D., 92.2.289. S., 92.2.258; — Cassation, 21 mai 1895; D., 96.1.9; — Cass., 26 juin 1895. S., 96.1.481, sont d'un avis différent.

(2) *Dts d'Enregistrement.*

(3) *Traité de la Transcription*, p. 179.

(4) 12 mars 1900. S., 1900.1.369.

tradition. Il faut dire que le partage n'exige pas la cessation totale de l'indivision. (1)

Selon M. Wahl, la Cour suprême n'a pas exposé encore le nouveau principe dont elle n'a tiré que des conséquences. M. Planiol estime au contraire que, depuis un arrêt du 21 mai 1895 (2), la Cour de Cassation a repris la théorie de notre ancien droit. Il est donc permis de dire que la licitation prononcée au profit de plusieurs conjointement est déclarative.

En définitive, selon la jurisprudence que nous venons d'exposer et conformément à l'opinion de la majorité des auteurs, il nous semble préférable d'étendre l'effet déclaratif même au cas où l'indivision ne cesse pas totalement. Cette séparation préalable est un acheminement vers le partage final. Il est nécessaire de lui reconnaître un effet déclaratif et d'en faire, en conséquence, l'application aux hypothèques établies durant l'indivision par l'un des co-propriétaires. « Ainsi, dans un partage par souches, dit M. Planiol, on commence à former des lots collectifs que les co-héritiers de chaque souche se partagent ensuite entre eux. Il n'est pas douteux que chaque opération a pour effet de séparer les intérêts des divers ayants-droit dans la mesure où elle intervient. Après la formation des lots attribués à chaque souche, chacune d'elles ne doit plus rien aux autres et est affranchie des effets de tous

(1) V. aussi rapport de M. le conseiller Faye, sous Cassation, 26 juin 1895. S., 96.1.481 et conclusions de M. l'avocat général Feuilloley, Cass., 23 mars 1903. D., 1903.1.326.

(2) Cass., 1895. D., 96.1.9, conclusions de M. l'avocat général Rau et note de M. Planiol.

les actes que les représentants de ces dernières ont pu accomplir durant l'indivision » (1).

M. Labbé a proposé une opinion qui atténue la portée de la thèse actuelle. Selon lui (2), la licitation prononcée au profit de plusieurs serait une opération indéfinissable, aussi longtemps du moins que l'acte dernier d'allotissement n'est pas intervenu. Mais alors ce dernier acte réfléchit sur la licitation et permet de lui donner le nom de vente ou de partage. Cette théorie que l'on étend également à la cession des droits indivis ne présente pas de conclusions puisqu'elle évite de qualifier l'acte qui diminue simplement le nombre des indivisaires.

18. L'administration de l'Enregistrement a eu, elle aussi, à se prononcer sur cette même question de la licitation faite au profit de plusieurs conjointement. Elle a adopté une autre conception générale du partage qui augmente singulièrement la liste des dangers qu'ont à redouter les créanciers hypothécaires au sujet de l'existence de leurs sûretés. La question s'est posée à propos de l'exigibilité du droit de transcription. L'acte ci-dessus est-il une vente : il y a lieu à transcription ; est-il un partage : il n'y a pas lieu à transcription ? Il y eut d'abord deux jugements en sens contraire (3). La Cour de Cassation décida que la licitation dont il s'agissait ne donnait pas ouverture au droit de trans-

(1) Planiol, 3.2394.

(2) Fuzier-Herman. Rép., v. Partage, n° 978 et suiv.

(3) Marseille, 1er août 1899. *Journal de l'Enregistrement*, 26.037. — Tribunal de la Seine, 15 janvier 1897. *Répertoire périodique de l'Enregistrement*, n° 8933.

cription, car, en l'espèce, l'acte de partage avait été présenté à l'enregistrement en même temps que la licitation (1). Si le droit de transcription n'est pas dû c'est que l'acte de licitation au profit de plusieurs équivaut au partage. On le voit, cette doctrine attache une très grande importance à la présentation simultanée des deux actes à l'enregistrement. Cette circonstance que l'acte constatant l'attribution a été présenté au fisc en même temps que le partage du prix augmente les risques des créanciers. Le maintien des hypothèques sur parts indivises dépend en effet du partage et de la détermination des véritables propriétaires.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 11 janvier 1909 (2) a limité encore la décision adoptée en 1895 que nous avons citée et qui était conforme, avons-nous dit, à la théorie de notre ancien droit et à celle que nous préconisons. La Cour Suprême a admis la prétention de la Régie et a jugé, en effet, que l'adjudication prononcée au profit de plusieurs indivisaires était un acte translatif en droit civil et que par conséquent le droit de transcription était exigible, à moins que le partage définitif, comprenant dans la masse partageable le prix de l'immeuble licité, n'intervienne avant que le jugement d'adjudication ne soit présenté à l'enregistrement (3).

(1) Cass., 12 mars 1900. S., 1900.1.369.

(2) D., 1909.1.81. Note de M. Planiol.

(3) Un second procédé permet d'arriver au même résultat et d'éviter le droit de transcription. Il porte le nom de *promesse d'attribution* dans la pratique notariale. Une clause du cahier des charges rédigé avant la licitation prévoit le cas où un ou plusieurs héritiers désirent se rendre acquéreurs et stipule que l'adjudication ne sera

19. En admettant, comme nous l'avons dit plus haut, que la licitation au profit de plusieurs co-héritiers soit un partage par le fait qu'elle diminue le nombre des personnes qui se trouvent dans l'indivision, quel sera le sort de cette indivision nouvelle entre les co-indivisaires du bien licité ? Nous devons signaler une réserve faite par la Cour de Cassation dans son arrêt du 21 mai 1895. L'indivision nouvelle qui se substitue à l'ancienne aurait un caractère contractuel et ne procéderait pas de la dévolution héréditaire.

Cette solution a soulevé des critiques à juste titre. Si l'adjudication, dit M. Planiol, a produit un effet déclaratif dans le rapport des co-adjudicataires vis-à-vis des autres indivisaires c'est nécessairement parce qu'elle n'opère aucune novation dans le titre en vertu duquel ils possèdent (1).

Il faut choisir entre les deux principes et en déduire ensuite les conséquences. Il est entendu que les hypothèques établies à la suite du décès du de cujus et provenant des autres indivisaires vont disparaître. Or si l'indivision, qui persiste entre les adjudicataires, a une source nouvelle ces adjudicataires ne tiendront pas leur bien du défunt, de sorte qu'ils supporteront toutes les hypothèques et seront les ayants-cause de tous les héritiers. Il y a là, on le voit, contradiction (2).

pas prononcée à leur profit mais que la dernière enchère portée par les co-licitants vaudra pour eux promesse d'accepter pour ce prix l'immeuble enchéri dans le partage à intervenir et engagement par les autres co-licitants de leur en faire l'attribution.

(1) Planiol, 3, p. 688, note 1, § 2.

(2) D., 96.1.9. Note de M. Planiol.

Nous n'admettons pas cette solution, fausse selon nous, parce qu'elle est contraire au principe de la dévolution héréditaire.

Nous avons conclu que la licitation faite au profit de plusieurs conjointement subit l'effet de l'art. 883 du Code Civil. Toutes les hypothèques des adjudicataires seront seules et provisoirement validées. Mais il faudra assurément attendre encore l'événement final qui désignera le seul propriétaire définitif de l'immeuble pour ne donner effet qu'à ses hypothèques (1).

20. Pour que notre discussion soit complète nous pourrions considérer le cas où la licitation est effectuée au profit d'un communiste et d'un tiers.

Nous avons deux solutions au choix ; ou bien, par le fait de l'intervention de ce tiers, l'acte doit être qualifié vente ; ou bien la qualité de co-partageant prédominant, l'acte est un partage. Il est vrai que dans la licitation translative proprement dite, certains auteurs atténuent tellement le sens des lois qu'ils en viennent à ne reconnaître que des licitations déclaratives (2).

Suivant la jurisprudence, l'art. 883 ne s'applique pas lorsque l'adjudication se fait à la fois au profit d'un étranger et d'un co-licitant (3). Dans l'espèce de

(1) Besançon, 23 décembre 1891, et sur pourvoi Cass., 21 mai 1895. D., 96.1.9 précité.

(2) Mourlon. *Répétitions écrites sur le Code*, t. II, nº 485.

(3 Cass., 17 novembre 1890. D., 91.1.25. S., 94.1.399. — Alger, 10 avril 1894. D., 94.2.462. — Cass., 8 mars 1875. S., 75.1.449. P., 75.1.159. D., 76.1.369.

l'arrêt de cassation du 8 mars 1875 le créancier hypothécaire voulait faire diviser l'adjudication en deux opérations distinctes : un partage d'une part, et une vente de l'autre. Cela eut permis à l'hypothèque créée par un communiste non enchérisseur de valoir sur la part de l'immeuble de l'adjudicataire étranger. La Cour a rejeté avec raison ce moyen, mais elle se base sur ce fait que l'indivision n'a pas cessé totalement. Cette raison nous paraît mauvaise. Nous croyons qu'en l'espèce la licitation est une vente, mais c'est uniquement pour le motif suivant : l'art. 883 reste une exception qu'il n'est pas possible d'étendre sans raison. Il y aurait, au contraire, vente et partage en cas de licitation par portions distinctes au profit d'un tiers et d'un co-licitant (1).

21. A la licitation, vente aux enchères, se rattache la vente amiable où les enchères n'interviennent pas. Elle a lieu, quand un co-héritier achète aux autres leurs parts indivises. L'effet produit par cette vente est le même que celui de la licitation.

Cependant, certains auteurs (2) s'opposent à ce que l'effet de la licitation soit étendu à la vente amiable. Car, selon eux, les co-héritiers y auraient recours pour anéantir les hypothèques consenties pendant l'indivision par l'un des co-propriétaires. Cette raison ne suffit pas pour empêcher l'assimilation parce que le même résultat aurait pu être obtenu à l'aide d'un par-

(1) Laurent, t. X, 399. — Fuzier-Herman, a. 883, n° 123. — Douai, 1848, 25 juillet. S., 49.2.396. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 3, p. 343.
(2) Chabot et Grenier. Thèse Châle, p. 80.

tage. La jurisprudence, du reste, assimile la vente amiable à la licitation-partage (1).

Il faut convenir d'ailleurs que cette question de forme que certains auteurs exigent pour la réalisation du partage ne peut pas nous arrêter dans notre assimilation. Sans doute, la loi cite la licitation, mais cela ne veut pas dire qu'on ne doive pas en étendre l'effet à la vente amiable. Car, à cet égard, on combattrait avec avantage l'objection tirée de la forme en argumentant des termes de l'art. 819 du Code Civil. « Le partage peut être fait dans la forme et par tel acte que les parties intéressées jugent convenable, hormis les cas où l'un des héritiers est mineur ou absent. » L'attribution faite sans formes est donc déclarative. Entre elle et la licitation il n'y a de différences qu'apparemment, puisque le résultat final est le même. Rien ne s'oppose donc à ce que l'on mette sur la même ligne ces deux opérations de même nature, mais qualifiées différemment (2).

De la vente amiable il est permis de passer à n'importe quel acte d'attribution sans formes pour lui donner effet déclaratif, pourvu toutefois que le lotissement accompli ait lieu au profit de co-héritiers. L'acte dont il s'agit est un partage amiable, rentrant dans les termes de l'art. 883 et l'effet rétroactif du partage doit y être attaché de toute façon (3). De sorte

(1) Grenoble, 20 janvier 1893. D., 93.2.265 note de M. Wahl. — D., 93.2.127.

(2) V. Fuzier-Herman. *Répertoire*, licitation, chap. III. — Demolombe, XVII, 271. — *Répertoire Pandectes*, v. licitation.

(3) Colmet de Santerre, 3.143. — Laurent, t. X, 262. — Demolombe, 15, p. 516. — Baudry-Lacantinerie. *Précis de Droit civil*, 2.223. — Jurisprudence, Cass., Req. 21 janvier 1867. D., 67.1.97. — Req. 2 janvier 1872. D., 72.1.119. — Paris, 1878, 23 mars. D., 79.5.300.

que les hypothèques consenties pendant l'indivision par un autre que l'attributaire deviendront sans effet.

Cependant ce résultat ne pourrait se produire dans le cas où la convention sans formes s'analyserait en un acte de disposition consenti par les co-héritiers à d'autres qu'eux-mêmes ou à eux-mêmes sans s'expliquer par l'idée d'une attribution. Il y aurait donc à considérer les circonstances de la cause (1). S'il est possible de prouver que cet acte s'analyse en une licitation ou en un partage sans formes les lois du partage lui seront applicables.

L'art. 816 dit bien que l'action en partage sera recevable toutes les fois qu'il n'y aura pas eu « acte de partage », mais ces mots, acte de partage, ne doivent pas s'entendre à la rigueur ; la loi prévoit ici le cas ordinaire, celui où les parties dressent un écrit pour constater leurs conventions. Si elles n'en font pas, il n'y a aucune raison pour déroger aux règles de la preuve et méconnaître un acte d'attribution réellement effectué, avoué par les parties (2). Ceci reviendrait à faire du partage un acte solennel dont l'écriture serait une condition essentielle d'existence contrairement à toutes les habitudes de notre droit moderne et contrairement à la formule très libérale de l'art. 819.

A tous égards, il semble qu'il y ait de nombreux et puissants motifs pour justifier la tendance de la

(1) Chambéry, 9 février 1870. D., 70.2.188. — Cassation, 27 juillet 1887. D., 87.1.423.

(2) Paris, 23 mars 1878. S., 78.2.856. — Paris, 9 mars 1893. D., 95.2.121. S., 94.2.153.

Jurisprudence à valider l'acte de partage sans formes. Nous lui appliquerons donc l'effet déclaratif que l'on déduit de l'art. 883 du Code Civil et nous en conclurons que les hypothèques, établies pendant l'indivision par un ou plusieurs co-partageants sur les immeubles qui ont été compris plus tard dans le lot d'un autre successible et qui ont été attribués à ce dernier sans formes spéciales, seront anéanties rétroactivement.

§ III. Licitation-vente.

Quel est l'effet de la licitation effectuée au profit d'un tiers, 22. — Quels en sont les vendeurs, 23.

Etude du conflit qui peut survenir entre les co-héritiers créanciers d'un rapport et les créanciers hypothécaires d'un co-partageant, 24. — Evolution de la jurisprudence, 25. — Critique de M. Labbé, 26. — Approbation de M. Wahl, 27.

La solution de la Cour de Cassation est contraire à l'équité, 28. — Contraire au droit, opinions de M. de Loynes et de l'avocat général Pouille, 29. — Opinion de M. Percerou, 30. — de M. Pilon, 31.

Doctrine favorable à la jurisprudence de la Cour Suprême. M. Wahl, 32. — Critique, 33.

Expédients inventés par la pratique pour obvier aux inconvénients de la jurisprudence de la Cour Suprême; partage d'ascendants et legs, 34. — Remèdes proposés par un membre du Comité des Notaires des départements, 35. — M. Giraud, 36.

Critique des motifs de la Cour de Besançon et de Lyon, 37. — Critique des motifs du prélèvement, 38. — Opinion intermédiaire consacrée par l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 décembre 1907, 39.

Systèmes proposés pour éviter les conséquences résultant de l'application de l'article 883, celui de M. Percerou, 40. — Du nouveau Code Civil allemand, 41. — M. Desserteaux, 42.

22. Nous avons constaté dans le paragraphe précé-

dent le sort de l'hypothèque constituée pendant l'indivision ; seuls, avons-nous dit, subsistent les droits réels qui proviennent du co-héritier adjudicataire sur licitation ; quant à ceux qui émanent d'autres co-partageants ils sont anéantis.

Il semblerait que nous dussions passer sous silence l'étude de la licitation faite au profit d'un étranger puisque nous ne pourrions pas en déduire les conséquences que nous avons tirées de la licitation-partage qui, seules, font l'objet de notre travail. Cependant l'examen du cas d'une hypothèque, consentie par un ou plusieurs co-propriétaires avant la licitation effectuée au profit d'un étranger, nous amènera à une solution qui touche de très près à notre étude et l'intéresse particulièrement. Le problème qui se pose et auquel nous consacrerons de nombreux développements se rapporte, en effet, à l'hypothèque consentie à un tiers par un co-partageant débiteur d'un rapport en moins prenant, en cas de vente du bien hypothéqué au profit d'une personne autre que l'un des co-indivisaires.

Avant d'entamer cette étude nous pourrions nous demander quels sont les effets de la licitation faite au profit d'un étranger ?

M. Mourlon lui donne le caractère du partage. Voici, selon lui, l'esprit de la loi. L'art. 883 s'explique par ce fait que le législateur veut éviter les recours successifs. La licitation mène au partage, elle emportera donc effet déclaratif. Le Code, évidemment, ne parle que de l'adjudication au profit d'un co-héritier. Si l'on tient compte de la lettre du texte on décidera que la licitation faite au profit d'un étranger est une vente.

Mais cette vente n'intervient-elle pas dans le but de préparer, de faciliter le partage ; « elle a donc les caractères d'une opération de partage et si c'est un partage pourquoi ne pas lui en attribuer les effets ? » (1).

Les résultats pratiques qui en découleraient seraient considérables. Le recours en garantie contre le ou les co-héritiers qui ont consenti des hypothèques durant l'indivision n'existerait pas. La logique exige que l'on accorde à toute licitation le caractère du partage.

L'opinion de M. Mourlon ne jouit pas d'un très grand crédit : du reste, il n'est pas permis de faire si bon marché du texte de l'art. 883. Reconnaître l'effet déclaratif à cette licitation c'est admettre que l'acquéreur tient son bien du de cujus : conclusion que nous ne pouvons admettre puisqu'il est un étranger.

23. Cette licitation est donc une vente, mais quels en sont les vendeurs ? Les auteurs se divisent sur la question. Selon le plus grand nombre, les vendeurs sont les communistes qui seront allotis du prix (2).

Ceci nous conduit à l'examen d'une question très embarrassante en ce qui concerne ces hypothèques. Un héritier, débiteur d'un rapport, a hypothéqué sa part dans les biens indivis ; ses co-héritiers se partageront le prix de licitation. De la sorte le rapport s'effectuera en moins prenant et celui qui le devait sera déclaré étranger à l'immeuble dont le prix reviendra aux autres co-partageants pour les remplir de

1 Mourlon. *Répétitions écrites sur le Code*, 2.259.

2 Demolombe. 17.273. — Aubry et Rau, 6 § 625, note 24. — Legrand. *Rép. notariat*, 1890, n° 5413.

leurs droits. Nous en déduirons cette conséquence que les hypothèques nées du chef de l'héritier débiteur du rapport à l'égard des autres successibles deviendront sans effet.

Pour arriver à ce résultat, il est vrai, les créanciers hypothécaires sont sacrifiés. Autre difficulté, l'acquéreur étranger devra attendre le partage pour savoir de qui il est l'ayant-cause.

Cette manière de voir se recommande par l'autorité de ceux qui l'admettent. On objecte cependant que pour déterminer quels sont les vendeurs, en s'inspirant du partage, elle conduit aux mêmes résultats et par voie détournée au système que préconise Mourlon.

Il vaut mieux dire qu'elle fait une distinction. D'une part, à l'égard des tiers adjudicataires la licitation est une vente ; d'autre part, à l'égard des co-partageants non allotis du prix elle est une opération préliminaire du partage, elle en aura les effets.

Par opposition à cette doctrine de bons auteurs admettent que peu importe l'issue du partage ultérieur, les vendeurs sont tous les co-partageants (1). La vente a été faite par des co-indivisaires qui se trouvent être créanciers du prix. La créance se divise de plein droit entre les différents créanciers en vertu de l'art. 1220 du Code. Chaque co-héritier se trouve donc investi de la propriété d'une fraction du prix. L'acquéreur supporte les hypothèques consenties par ses auteurs. Quand un co-indivisaire a hypothéqué sa part indivise

(1) Pont. *Traité des priv. et hyp.*, 1.291. — Colmet de Santerre. *Cours élémentaire de Droit civil*, 6, n° 49. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 3.4310. — V. Fuzier-Herman, v. Partage, n° 48.

et doit aussi un rapport en moins prenant ses co-héritiers qui sont ses créanciers subiront la préférence du créancier hypothécaire qui se paiera sur la fraction du prix à lui attribué. En effet, l'adjudication valant vente, les hypothèques validées entraîneront leur droit de préférence ordinaire. En outre, les co-partageants créanciers ne peuvent se prévaloir de leur privilège qui suppose la mise d'une part plus forte dans le patrimoine d'un co-héritier ; ce n'est pas ici le cas.

Donc, suivant cette opinion, dans le cas qui nous occupe, les créanciers qui ont une hypothèque sur une part indivise se trouvent dans une situation avantageuse. Les co-héritiers, cette fois, sont donc sacrifiés. De sorte qu'en présence d'une hypothèque générale qui frappe tous les biens actuels et tous les biens à venir à leur entrée dans le patrimoine, le principe de l'égalité des partages est bien peu de chose.

24. Il nous faut avant tout, dans cette étude, examiner le conflit qui peut survenir entre les co-héritiers créanciers d'un rapport en moins prenant d'une part et les créanciers du co-héritier qui ont obtenu des hypothèques sur les biens de ce co-partageant d'autre part. (1)

Examinons une hypothèse où ce conflit est possible. Deux co-héritiers, Primus et Secundus, sont appelés à une succession ; un immeuble A a été adjugé à un étranger Tertius ; le prix est attribué en entier au co-héritier Secundus parce que le co-héritier Primus

(1) V. dans Marc Desserteaux, chapitre V, nos 166 à 175.

était débiteur d'un rapport. Mais Primus avait un créancier hypothécaire qui conclut à ce qu'on le colloque sur la part virile de son débiteur dans le prix (la moitié) et à ce que l'on réduise, pour cette part, le co-héritier Secundus à son recours contre Primus. Il y a donc conflit entre le créancier hypothécaire de Primus et le co-héritier de ce dernier créancier du rapport, surtout si Primus n'a pas d'autres biens.

Au contraire si la licitation valait partage, le conflit que nous avons indiqué n'existerait pas. Si l'adjudicataire Primus était celui qui a constitué les hypothèques, celles-ci seraient maintenues ; le co-héritier Secundus, créancier d'un rapport, interviendrait, la licitation étant un partage et la jurisprudence décidant que le privilège de co-partageant ne peut s'exercer que dans les cas de partage (1).

En généralisant notre hypothèse, la difficulté ci-dessus exposée peut se concevoir également quand il s'agit d'une communauté à liquider entre un époux et les héritiers de l'autre époux.

En matière de société, au contraire, selon nous, la question ne se pose pas puisque l'effet déclaratif du partage ne rétroagit pas à une époque antérieure à la dissolution de la société. Et conformément à l'opinion de M. Wahl nous déciderons que le créancier qui a traité avec une société avant sa dissolution aura un droit acquis sur la part virile de son débiteur dans le prix, quels que soient les événements ultérieurs.

En dehors de cette situation nous pensons que le

(1) *Livre du Centenaire.* La Jurisprudence et l'article 883, nº 86.

créancier hypothécaire doit être débouté de sa demande dans toutes les hypothèses.

Ces conflits, nombreux en pratique, ont fait l'objet d'un grand nombre de dissertations (1). Les Cours et les Tribunaux ont eu souvent à se prononcer sur de tels litiges. Enfin les différents recueils de pratique, tout en énumérant les difficultés auxquelles ces hypothèses ont donné lieu, ont préconisé des réformes et des solutions diverses.

Nous étudierons les tendances de la jurisprudence, les opinions admises en doctrine et en pratique.

25. La Jurisprudence a évolué et on lui reconnaît deux phases bien distinctes. Dans l'une, que l'on fait remonter à l'année 1834 (2), il est généralement admis que les co-héritiers doivent l'emporter sur les créanciers hypothécaires. La Cour de Cassation admet la doctrine d'Aubry et Rau : « Les vendeurs, dans une licitation valant vente, sont les héritiers à qui le prix est attribué. » Le co-héritiers prélèveront sur le prix de la licitation la somme dont leur co-héritier est redevable en vertu d'un rapport et prendront l'importance de sa part héréditaire (3). Les Cours d'appel, après avoir évolué, s'étaient ralliées à la même doctrine (4).

(1) Demolombe, 17, n° 273. — Demante, III, § 225 *bis*, IV ; Aubry et Rau, VI, § 625, 1° à *in fine*. — Labbé au S., 89.1.193. — De Loynes, D., 1900.2.49. — Ambroise Colin. D., 1908.1.118. — Naquet. *Revue de l'Enregistrement*, 1908, p. 159.

(2) Charmont. *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1890, p. 4.

(3) Cassation, 18 juin 1834 S., 34.1.733. — Cassation, 22 février 1881. S., 84.1.117, Rapport de M. Babinet.

(4) Douai, 5 juin 1866. S., 67.2.257. — Orléans, mai 1870. S., 70.2.160. — Alger, décembre 1877. S., 78.2.214.

Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 14 décembre 1887 vint modifier cette jurisprudence (1). La Cour décidait qu'au cas de licitation valant vente les hypothèques de l'un des communistes produisent leur effet quel que soit par la suite le co-partageant alloti du prix. Rien ne permet aux communistes de se prévaloir de l'art. 883, il faudra appliquer l'art. 1220 qui a trait aux créances. Les co-partageants dans cette hypothèse, jouent le rôle de vendeurs et le prix doit se diviser entre eux, proportionnellement à l'étendue du droit de propriété de chacun d'eux sur le bien vendu. Les arrêts dans ce sens se succèdent sans retour à la jurisprudence antérieure (2).

Quant aux Cours d'appel, elles abondent dans le sens de l'ancienne jurisprudence (3), mais peu à peu, dans le sens de la Cour de Cassation : citons Douai, Caen, Toulouse (4).

Seulement les Cours d'Appel se trouvent par un revirement très marqué en opposition avec la Cour de Cassation ; ce qui a donné ouverture aux anciennes discussions (5). Voici ce qui résulte de cette jurispru-

(1) S., 89.1.193. D., 88.1.385.

(2) Cass., 17 février 1892. S., 94.1.417. — Cass., req. 19 octobre 1898. — Cass., 21 juin 1904. S., 1905.1.273 et note de M. Wahl.

(3) Dijon, 20 mars 1889. S., 89.2.179. — Orléans. S., 91.2.167. D., 91.2.238.

(4) Douai, 26 mars 1896. D., 97.2.147. — Caen, 30 octobre 1894. P., 96.2.33. — Caen, 1er mai 1899. D., 1900.2.49. — Toulouse, 11 juin 1903. S., 1903.2.263.

(5) Besançon, 15 novembre 1901. S., 1905.2.89.— Dijon, 2 décembre 1903. S., 1905.2.89 et note de M. Wahl. — Lyon, Chambres réunies, 29 mars 1905. P., 1905.2.212. Note de M. Percerou. S., 1905.2.243. D., 1906.2.26. — Bourges, 28 mai 1902, et Dijon, 29 décembre 1905. D., 1906.2.28.

dence : Quand le partage est antérieur à la licitation les co-héritiers l'emportent sur les créanciers hypothécaires ; ils peuvent s'entendre, pour que le prix soit totalement attribué à l'un des co-héritiers (1). Au contraire, quand le partage est postérieur à la licitation, l'opposition existe alors entre les Cours d'Appel et la Cour de Cassation. Les Cours d'Appel favorisent les co-héritiers créanciers du rapport au détriment des créanciers hypothécaires. Voyez l'affaire Chollet contre Dumoulin qui naît le 28 avril 1901 à Saint-Claude. La Cour de Besançon sur appel donne raison aux co-héritiers. Par un arrêt du 21 juin 1904 la Cour de Cassation casse cette décision et renvoie devant la Cour d'Appel de Lyon, qui reprend l'argumentation de Besançon. Il en est de même dans l'affaire Jolibois contre Charles (2).

26. Dans une note au Sirey (3), M. Labbé juge l'arrêt rénovateur du 14 décembre 1887 absolument contraire à l'équité. Depuis longtemps, par esprit de justice, on avait rejeté l'interprétation étroite de l'art. 883 du Code Civil, naturellement c'était au détriment des créanciers ayant hypothèque sur les parts indivises ; mais pour la jurisprudence, l'intérêt des co-partageants était autrement respectable. Cet arrêt doit être expliqué autrement que par un retour injustifiable.

La Cour de Cassation, pourrait-on dire, fait une

(1) V. Cassation, janvier 1906. D., 1906.1.41. Note de M. Colin.
(2) D., 1906.2.28.
(3) Sous Cass., 14 décembre 1887. S., 1889.1.193.

distinction en considération d'un autre arrêt du 22 février 1881 (1). « L'attribution d'un prix de vente à un héritier fait disparaître les hypothèques conférées par les autres quand la vente est la conséquence d'une saisie pratiquée par un créancier dont le droit est antérieur à l'ouverture de la succession ; c'est le cas d'appliquer la jurisprudence extensive de l'art. 883 ; il en est autrement lorsque comme dans notre espèce la vente est l'œuvre volontaire des co-propriétaires disposant ensemble de leurs immeubles indivis. »

Il est inutile d'invoquer ce motif. Il s'agissait, dans le cas sus-indiqué, d'une association en participation qui s'était dissoute après une vente conclue par tous les co-propriétaires. « En effet, la dissolution de la société avait suivi de bien peu le temps de la vente ; la liquidation avait fait apparaître l'énormité des droits de l'un des associés dans la masse ; mais enfin, au moment de la vente dont le prix était l'objet du litige la société existait encore comme contrat sinon comme personne. Le prix de vente a donc occupé dans la société persistante la place des immeubles vendus. Ce prix devenu valeur sociale s'est partagé entre les associés dans la mesure de leurs droits dans la société. Les créanciers hypothécaires de chaque associé ont pu considérer leurs droits d'hypothèque comme transportés sur la part du prix revenant à leur débiteur ; il ne semble pas, dès lors, que leurs droits puissent être modifiés par une liquidation dont le point de départ se trouve dans un fait postérieur,

(1) Cass., req. 84. D., 84.1.117. D., 84.1.239.

savoir la dissolution de la société. La situation est différente quand l'indivision durant laquelle les hypothèques ont pris naissance a sa source dans une communauté ou une société déjà dissoute, dans une succession ouverte » (1).

27. M. Wahl, à l'occasion du second arrêt de cassation, celui du 17 février 1892 qui consacre le retour de la Cour à la jurisprudence d'avant 1834, dans sa note (2) approuvait cette décision et il en donnait des arguments. D'abord, il est impossible de proposer la conciliation que nous avons examinée pour restreindre la portée de la solution de la Cour de Cassation. Les motifs de son arrêt et son espèce ne le permettent plus. D'ailleurs nos anciens auteurs tels que Dumoulin, d'Argentré, Pothier, admettaient eux aussi que la licitation faite au profit d'un tiers est une vente. Pourquoi, dès lors, ne pas en déduire toutes les conséquences ordinaires ? L'art. 1220 qui divise les créances s'appliquera s'il n'y a pas de partage. Encore y aurait-il partage à l'égard des communistes on ne pourrait pas en déduire l'effet déclaratif de l'art. 883 parce qu'il ne s'applique pas aux créances. La jurisprudence, sur ce point du moins, est fort hésitante.

Puisque nous nous trouvons en présence d'une vente, il faut en tirer les conclusions admises, notamment en ce qui concerne la résolution pour défaut d'exécution des conditions et la folle enchère s'il y a

(1) S., 89.1.194.
(2) S., 94.1.417.

lieu. Le partage n'a pas à subir ces risques. Alors les créanciers hypothécaires exerceront leurs droits sur les portions du prix sans subir la concurrence des co-héritiers créanciers du rapport.

28. La critique que M. Labbé a faite dans sa note au Sirey a recueilli l'adhésion de nombreux jurisconsultes. Mais M. Wahl persiste dans son opinion et, dans une dissertation que la revue trimestrielle de Droit Civil de 1906 a reproduite (1), il expose les motifs de l'approbation des arrêts de la Cour de Cassation après les avoir annotés à leur date.

Suivant beaucoup d'auteurs, MM. de Loynes, Pilon, Colin, Percerou, les co-partageants créanciers de rapport doivent être préférés aux créanciers ayant hypothèque sur la part indivise d'un co-héritier tenu du rapport.

Tout d'abord, selon eux, la solution inverse est profondément contraire à l'équité.

M. Pilon (2) présente l'hypothèse sur laquelle la Cour de Besançon était appelée à statuer (3). Admettre qu'en cas d'adjudication au profit d'un tiers les créanciers hypothécaires primeront les co-héritiers créanciers d'un rapport en moins prenant, c'est consacrer une véritable injustice puisque l'héritier prendra ainsi moins que sa part (4).

On peut aller plus loin. Il peut arriver que la réserve

(1) P. 763.

(2) *Rev. Trimest. de Droit Civil*, p. 670.

(3) S., 1905.2.89.

(4) Defrenois. *Rép. général pratique de Notariat et d'Enregistrement*, octobre 1907.

de l'un des héritiers soit absorbée ou du moins entamée. Il suffit pour cela d'une simple hypothèque judiciaire !

M. de Loynes suppose une espèce où ce cas se présente (1). Dans ces conditions l'un des héritiers peut obtenir, en fin de compte, plus que sa part ne comporterait, tandis que l'autre a sa part de réserve réduite. Cette jurisprudence favorise les collusions, les fraudes. On peut supposer, en effet, que le co-héritier débiteur d'un rapport s'arrange avec un compère auquel il concédera une hypothèque. Il pourra, par la suite, partager le bénéfice de l'opération.

29. En second lieu, suivant les mêmes auteurs, la solution inverse est contraire au droit.

D'abord, comme le dit M. Colin (2), le principe de l'égalité des partages est « la pierre angulaire de tout l'édifice ». Par le fait, tout ce qui met obstacle à l'application de ce principe est contraire à l'ensemble de notre législation. Quand il s'agit de la réserve, à plus forte raison, « ce principe est intangible, d'ordre public » (3). Après tout, les créanciers hypothécaires devraient être fixés par avance sur leur garantie. Ils savent bien que le débiteur ne peut, selon l'art. 2125, conférer plus de droits qu'il n'en a lui-même. Sans doute, nos anciens auteurs (et c'est une tradition certaine), refusaient à la licitation faite au profit d'un étranger l'effet déclaratif. Les auteurs précités et M. de

(1) D., 1900.2.50.

(2) *Livre du Centenaire*, p. 312.

(3) V. conclusions intéressantes de M. l'avocat général Pouille sous Dijon, 27 décembre 1905. D., 1906.2.28.

Loynes l'admettent ; mais, selon ce dernier, on ne doit pas exagérer l'importance de cet argument, car l'hypothèse du conflit entre co-héritiers créanciers du rapport et créanciers hypothécaires n'avait pas été prévue sous notre ancien Droit. En ce qui concerne les textes, M. de Loynes fait les objections suivantes : l'opinion nouvelle désire restreindre l'interprétation de l'art. 883, comment se fait-il que, par ailleurs, la jurisprudence l'étende, puisqu'elle admet que la licitation faite au profit de plusieurs co-héritiers conjointement et laissant subsister l'indivision est déclarative. Il serait mieux de ne pas faire cette application étroite du texte d'autant plus qu'il est difficile de prouver que telle était bien la pensée du législateur.

D'autre part, lorsque le partage précède la licitation on reconnaît aux créanciers hypothécaires le droit d'exercer leur hypothèque mais, uniquement, sur la portion du prix attribuée à leur débiteur ; pourquoi ne pas admettre le même résultat au cas où la licitation précède la liquidation ? Puisque, en réalité, toute licitation quelle qu'elle soit n'est qu'une opération qui prépare le partage.

Donc, dans n'importe quelle licitation, il faut, pour l'attribution du prix, appliquer les lois du partage puisque la raison d'être de toute licitation est toujours la même.

Mais le différend ne s'applique pas aux effets attribués à chaque co-héritier ou à lui échus sur licitation, mais sur la créance qui n'est pas héréditaire puisqu'elle n'existait pas dans l'actif à partager : elle a pris naissance quand les héritiers ont aliéné le bien héréditaire.

Or, l'art. 1220, régit les créances. Celles-ci se divisent de plein droit entre tous les communistes proportionnellement à leur part. En conséquence les créanciers hypothécaires, conformément à la loi, s'attribuent la portion du prix de vente qui revient à leur débiteur.

A cela, M. de Loynes réplique que la créance des héritiers a pris naissance parce que l'immeuble a disparu de la masse à partager. Le prix remplacera la chose vendue : il sera héréditaire. « Celui d'entre les héritiers auquel sera attribué ce prix équivalant à l'immeuble sera réputé en avoir toujours été seul créancier et, par suite, avoir été le seul vendeur de l'immeuble adjugé sur licitation à un étranger. Ne faudra-t-il pas, en conséquence, décider que les hypothèques nées du chef de l'un des héritiers ne pourront être maintenues que dans la mesure où le débiteur grevé recevra, en vertu du partage, tout ou partie de ce bien ».

La solution de l'éminent professeur se justifie en jurisprudence et en droit. En effet, pour la doctrine et aussi pour la jurisprudence, l'art. 1220 ne s'applique que provisoirement aux créances héréditaires. Au jour du partage, l'art. 883 prévaudra (1).

A cette réfutation de la Jurisprudence, M. l'avocat général Pouille apportait un nouvel argument (2). L'art. 830 permet aux co-héritiers d'exercer un prélèvement sur la portion du prix de celui qui est tenu au rapport. La loi en leur accordant ce droit a voulu les

(1) V. Introduction, la question et Cass., 23 février 1864. S., 64.1.398. — Cass., 4 décembre 1866. D., 66.1.470. S., 67.1.5. — Cass., 30 mai 1877. S., 78.1.103. D., 78.1.109.

(2) Conclusions Dijon, 27 décembre 1905. D., 1906.2.28.

rendre indemnes. Ils n'ont rien à redouter de leur débiteur et de ses créanciers personnels. Mais si le co-héritier a consenti sur sa part indivise des hypothèques, avec la tendance nouvelle la situation des co-héritiers créanciers va devenir mauvaise. Les successibles qui n'avaient rien à craindre de leur débiteur auront tout à craindre de ses créanciers hypothécaires, de sorte que ces derniers ont plus de droits que leur auteur. C'est là une conclusion qui contredit toutes les notions du droit.

La Cour de Cassation, le 21 juin 1904, malgré les conclusions de M. l'avocat général Sarrut, avait cassé l'arrêt de la Cour de Besançon de 1901, parce qu'il reconnaissait aux co-héritiers un privilège dont la loi ne fait pas mention. Le prélèvement, d'après cette jurisprudence, ne peut s'exercer qu'autant que les biens qui auront à les supporter sont héréditaires ; or, ce n'est pas le cas de la créance puisque la licitation est une vente. Pour permettre l'exercice du prélèvement sur cette créance qui ne vient pas de l'hérédité (puisqu'elle remplace un immeuble qui n'est pas dans la succession), il faut étendre les textes et créer un privilège.

30. M. Percerou (1) a tout spécialement combattu cette réponse de la Cour de Cassation. Invoquer l'art. 830 du Code Civil ce n'est pas créer un privilège pour les co-héritiers. En effet s'il est évident que les créanciers hypothécaires ont priorité sur les chirographaires cette priorité ne peut se manifester sur la part de biens

(1) Lyon, 29 mars 1905. *Pandectes*, 1905.2.213.

revenant à leur débiteur qu'après détermination de cette part.

Pour la déterminer il faut déjà que le débiteur, pour tout ce qu'il est obligé de leur remettre, ait subi l'emprise de ses créanciers. Sans doute, on a soutenu que cet acquittement de la dette au moyen d'un prélèvement n'était qu'un simple procédé de calcul applicable seulement dans les rapports de l'héritier débiteur avec ses co-héritiers mais inopposable aux tiers (1). Cette opinion est à peu près abandonnée. La jurisprudence et la doctrine s'accordent aujourd'hui pour décider, par application des art. 829 et 830, que l'acquittement par voie de prélèvement des dettes de l'héritier envers la succession est applicable même dans les rapports des co-héritiers du débiteur avec les autres créanciers de celui-ci. Par suite, ces créanciers ne peuvent rien prétendre sur sa part héréditaire tant que ses co-héritiers n'ont pas été remplis intégralement des droits qu'ils tiennent du rapport en moins prenant (2). En conséquence, si le co-héritier tenu à rapport subit le prélèvement du chef des co-partageants ce n'est pas un privilège qui permet cette priorité. La Cour de Cassation se trouve donc mal inspirée dans son arrêt de 1904.

Ce qui confirme encore l'opinion de M. Percerou c'est, avec quelques arrêts de jurisprudence (3), l'arrêt

(1) Laurent, t. X, n° 642. — Deschamps. *Du rapport de dettes*, v. 111, 128.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl; 3.3905. — Massigli, Labbé, Huc V n° 370. — Demolombe, 16, n° 463 et suiv. — Aubry et Rau, 6, § 624, p. 549, note.

(3) Cass., 29 mars 1892. D., 93.1.168. — Cass., 18 juin 1869. D., 71.1.48.

de Cassation du 10 juillet 1893 (1). Il s'agissait, en l'espèce, d'un créancier qui avait obtenu la séparation des patrimoines et qui prétendait s'opposer à l'application des règles du rapport en moins prenant. La Cour de Cassation déclare que la séparation des patrimoines n'a pas d'effet contre les héritiers qui ont par le fait même le droit d'exercer le prélèvement. « Attendu que le rapport en moins prenant, dans les cas indiqués par la loi, est prescrit d'une manière générale pour le règlement des successions ; attendu, d'autre part, qu'il résulte des articles 878 et 2111 du Code Civil, que la séparation des patrimoines a été instituée dans le but d'empêcher les créanciers personnels de l'héritier, de profiter de la transmission des biens héréditaires qui accompagne l'ouverture de la succession pour venir concourir sur lesdits biens avec les créanciers du de cujus ; attendu, qu'il suit de là, que la séparation des patrimoines ne peut avoir pour effet de changer la nature de la créance ni de modifier les relations juridiques soit des créanciers de la succession avec les héritiers, soit des héritiers les uns vis-à-vis des autres ; attendu, il est vrai, qu'il est soutenu que la séparation des patrimoines doit avoir effet contre les co-héritiers qui ont droit à un rapport ; mais, attendu, que celui qui est soumis à rapporter n'est proprement débiteur que de la masse de la succession et que si ses co-héritiers ont le droit d'exiger que le rapport soit fait, c'est à titre de co-partageants, afin de faire reconstituer l'hérédité à partager et que, dès

(1) D., 94.1.5 et note de M. DE LOYNES.

lors, ils ne sont pas compris comme créanciers de l'héritier.. »

Nous pouvons faire l'application des conclusions de cet arrêt à l'hypothèse qui nous intéresse. Si la séparation des patrimoines n'a pas d'effet contre les co-héritiers créanciers de rapport en moins prenant, de même, il faut conclure, que le prélèvement sera possible à l'encontre des créanciers hypothécaires... La séparation des patrimoines est une hypothèque privilégiée ; or, le prélèvement prime cette hypothèque. Le prélèvement est donc un privilège devant lequel tout droit de préférence doit plier, et ce privilège n'est pas exercé sans texte puisque c'est la loi elle-même qui lui donne cette priorité sur les créanciers hypothécaires.

31. De même M. Pilon (1) estime après avoir étudié le prélèvement que les co-héritiers l'exercent à titre de co-propriétaires. C'est une nouvelle réfutation de la jurisprudence. La Cour parlait de privilège, les co-héritiers en exerçant leur prélèvement à titre de co-propriétaires ont le meilleur des privilèges. Cette théorie et celle de M. Percerou produisent le même résultat. Ainsi, l'opinion de la Cour Suprême, d'après laquelle la préférence des co-héritiers sur les créanciers hypothécaires ne s'expliquerait que par un privilège sans texte, se trouve injustifiée. D'ailleurs, on peut noter des privilèges reconnus sans texte par la jurisprudence, ce sont : le droit des créanciers en vertu des articles 1166, 1167, la compensation, le droit de rétention. Aucun texte ne les qualifie droit de préférence : cepen-

(1) *Revue trimestrielle de Droit Civil*, année 1905, p. 670 et suiv.

dant, dans tous les cas, le droit de préférence est certain. Telle était la thèse présentée par les nombreux auteurs que nous avons cités, et qui, en fait, reprenaient l'opinion de M. Labbé.

Nous pourrions nous étendre encore et prolonger notre discussion toujours sur la même doctrine. Il y a, en effet, de nombreuses dissertations sur la matière (1).

32. Pour éviter toute répétition nous passerons, maintenant, à la doctrine opposée soutenue avec tant de vigueur par M. Wahl.

M. Wahl part de ce principe que la licitation au profit d'un étranger est une vente. Donc les hypothèques consenties durant l'indivision par l'un des indivisaires sont maintenues.

Que peut opposer à l'hypothèque le co-héritier créancier du co-partageant tenu à rapport ? Le privilège de co-partageant ! L'art. 2109 décide qu'il ne peut fonctionner qu'à raison des immeubles qui sont attribués aux co-partageants, il ne saurait donc en être question : un droit de prélèvement, que les co-héritiers exerceront à titre de co-propriétaires co-partageants ! Il ne faut pas en parler davantage puisque la licitation n'équivaut pas à partage, les co-héritiers ne peuvent se dire co-partageants ; d'autre part, les créanciers ont leurs avantages ordinaires, ils priment donc les co-héritiers.

La licitation étant une vente, déduisons-en les

(1) Charmont. *Revue critique de Législation et de Jurisprudence, loc. cit.* — Giraud. *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1904, p. 515 et suiv. — Ambroise Colin. D., 1906.1.41. — Périodique Defrénois, octobre 1907.

conséquences. L'art. 1220 entre en application. La créance du prix se divise de plano entre tous les ayants-droit. Les créanciers hypothécaires exerceront leur droit de préférence sur la somme formant l'attribution remise au co-héritier pour sa part.

Les objections opposées sont la conséquence d'un raisonnement initial qui est mauvais. Ainsi avant de savoir si l'hypothèque produit son effet on se demande si le co-héritier recueillera un actif quelconque dans la succession : on donne effet déclaratif à une licitation qui est translative et c'est inexact. On ajoute que la tendance nouvelle est contraire au principe que « personne ne peut conférer plus de droits qu'il n'en a ». Ceci n'est pas exact encore, car l'attribution faite par partage ultérieur n'a pas d'effet sur le prix : l'admettre serait reconnaître l'effet déclaratif.

Certaine jurisprudence admet une compensation qui se produit, dès l'ouverture de la succession, entre créances de rapports et parts des débiteurs de rapports. L'attribution de ces derniers comprendrait le surplus n'ayant subi l'effet de la compensation. Or, l'art. 830 qui traite du prélèvement ne fait pas mention d'une compensation et ce résultat se produisant dès l'ouverture de la succession donne, de ce chef, un effet déclaratif à la licitation.

On parle de l'effet provisoire de l'art. 1220 sur les créances successorales : soit, mais ne s'agit-il pas d'une créance née des héritiers ; si elle venait du défunt, on reviendrait encore à l'effet déclaratif. Alors, il faut admettre que l'art. 1220 entre fatalement en application.

Cette solution, dit-on, est contraire à l'équité ? mais n'arrive-t-on pas également avec l'opinion que préconise la majorité des auteurs à un résultat tout aussi inique : puisqu'un co-partageant peut emprunter sur sa part indivise et échapper aux obligations dont il s'est porté garant au moyen d'une collusion avec les autres communistes.

On dit encore que l'égalité doit exister dans le partage, on parle de principe d'ordre public ; mais ne peut-on pas y déroger en renonçant à une action en rescision pour lésion ou au privilège de co-partageant.

Enfin, M. Wahl propose de revenir à l'interprétation de Mourlon s'il faut faire prévaloir les droits des co-héritiers ; ou bien d'apporter une modification au texte de la loi qui, en revenant au partage attributif, mettrait alors créanciers et co-héritiers sur le même pied (1).

M. Lebret a présenté la même argumentation que M. Wahl (2).

33. Pour nous dans cette controverse nous préférons la solution qu'ont admise les Cours d'Appel. Puisqu'il faut sacrifier les uns ou les autres, nous considérons que les co-héritiers sont plus lésés que les créanciers d'autant plus qu'avec ce système leur part de réserve peut être considérablement réduite.

Nous adopterons la doctrine intermédiaire du début

(1) Notes de M. Wahl. S., 98.1.41. S., 99.1.457. S., 1905.1.273. — Planiol, III, nº 2401.

(2) *Pandectes*, 1905.1.5.

de ce paragraphe, doctrine suivant laquelle la licitation faite au profit d'étrangers vaut vente mais vis-à-vis de ceux qui seront allotis du prix partage. C'est l'excellence des résultats de cette doctrine qui nous y fait adhérer, et aussi l'autorité de ses éminents défenseurs.

Evidemment, nous ne pouvons admettre que la licitation au profit d'un étranger soit déclarative ; ce serait une « hérésie juridique ». Le tiers ne peut tenir son bien directement du de cujus alors qu'il est un étranger. Pour l'étranger l'opération est une vente, mais il ne faudrait pas pousser trop loin les conséquences de la vente. En considérant jusqu'au bout la licitation comme une vente, on tombe précisément dans l'exagération.

Le partage antérieur à la licitation, ayant son effet ordinaire (art. 883), permet aux co-héritiers de s'attribuer, si l'utilité s'en présente, le montant du prix du bien licité postérieurement à un tiers. Le tiers n'en est pas moins un acquéreur parce que la licitation vaut vente : cela n'empêche pas les co-partageants de considérer que la même opération obéit aux lois du partage (1). Au cas de partage postérieur à la licitation, en étendant la même interprétation, nous ne ferons que défendre le même raisonnement. La licitation a remplacé l'immeuble par une créance. Ou bien, cette créance est successorale, elle est substituée à un bien successoral ; il faudrait démontrer alors que la jurisprudence n'étend pas l'art. 883 aux créances

(1) Cass., 29 mars 1905. D., 1905.1.213. — Giraud. *Rev. trim.*, 1904. — Contra Planiol, III, 2401.

héréditaires, ce qui pourrait être difficile (1). Ou bien, elle n'est pas successorale, alors ce sont les co-partageants qui l'ont constituée. Elle sera ainsi fractionnée en autant de portions que d'héritiers, mais en proportion de leurs droits respectifs que le partage détermine. Nous arrivons toujours à la même conclusion et les co-héritiers se trouvent préférés aux créanciers hypothécaires.

On nous objectera que nous revenons à l'art. 883 qui ne peut s'appliquer dans la licitation-vente. Mais nous ne pouvons admettre d'une façon absolue que la licitation au profit d'un tiers soit une vente dans tous ses effets. Nous admettons qu'elle est une vente en ce sens que l'acquéreur ne tient pas son bien du de cujus. Il n'en reste pas moins vrai qu'en dernier lieu le prix qui remplace l'immeuble doit être la propriété de ceux qui en sont allotis ou bien nous méconnaîtrions l'opération qui suit la licitation : le partage postérieur. Nous appliquerons, en un mot, l'effet déclaratif du partage à la créance résultant de la vente.

Sans doute, si nous envisageons la situation de la licitation valant partage nous voyons aussitôt la différence qui la sépare de la licitation-vente. L'adjudicataire co-héritier tient son bien du défunt ; ce n'est pas vrai dans la licitation-vente. Mais le résultat final doit être le même car sans cela on donnerait une portée extraordinaire à ce fait qu'un étranger est

(1) Théorie Demolombe, 17, n° 292. — Aubry et Rau, 6, § 635 et Jurisprudence, surtout Cass., 1877. D., 78.1.109.

adjudicataire parce que les co-licitants qui, en somme n'y avaient pas intérêt, n'ont pas enchéri. Le prix provenant de la vente doit être dans le même rapport que le bien lui-même. Et puis professer le contraire c'est se mettre en opposition avec toutes les conceptions reçues et permettre beaucoup d'injustices notamment en matière de réserve.

Si l'on nous objecte, enfin, que la licitation-vente et la licitation-partage présenteront peu de différences entre elles nous dirons que les conséquences immédiates que l'on en tire sont diamétralement opposées. Tout notre raisonnement a, il est vrai, le grand tort de ne pas avoir les sympathies de la jurisprudence que nous avons précédemment exposée.

34. Différents expédients ont été présentés par les revues de pratique dans le but de remédier aux conséquences de la jurisprudence, mais leur faiblesse nous permettra de tirer en dernière conclusion un nouvel argument en faveur du système qui a nos préférences.

D'abord, pour éviter tout conflit éventuel, il est possible à un ascendant de recourir au partage anticipé (art. 1075, C. Civ.). C'est un préventif très juridique, mais qui a ses inconvénients connus et que la maxime attribuée à Loysel résume : « Qui tôt se dépouille avant de mourir, bientôt s'apprête à moult souffrir. »

La Gazette des Tribunaux du 13 décembre 1896 conseille aussi le testament. On conjurera le mal en léguant ses immeubles aux héritiers dont on croit pouvoir être sûr, à charge pour eux de tenir compte à la masse de

sommes d'argent pour tout ce qui excédera leurs parts normales. On léguera au co-héritier tenu de rapport le montant de ces rapports, mais on spécifiera qu'ils souffriront un prélèvement de sommes égales sur toutes valeurs réalisées (1). La rédaction de testaments semblables présentera de grandes difficultés et il faudra bien se garder de heurter quelque disposition légale en prévoyant toutes les difficultés. Les testateurs d'ailleurs s'apercevront-ils du danger ?

On peut encore procéder à un partage antérieur à la licitation, mais comment procéder au partage du prix avant que la vente n'ait lieu ? C'est un moyen cependant qui semble indiqué par la Cour de Cassation elle-même dans son arrêt du 18 juin 1900 (2).

35. Selon l'opinion d'un membre du Comité des notaires des départements, M. Cossart, il faut tendre avant tout à éviter la licitation par un partage en nature et ce serait généralement possible en suivant les règles tracées par la loi en matière de partage (art. 820 à 831 du Code Civil). Il faut, dit-on, préalablement à tout partage en nature et à toute licitation, procéder à la liquidation des droits des parties, au règlement des comptes existant entre elles, aux rapports en nature s'il est possible, aux prélèvements nécessaires et n'arriver s'il y a lieu à la licitation que lorsque ces questions auront été résolues. Les héritiers, menacés de subir l'application de la jurisprudence de la Cour Suprême, verront alors si leurs

(1) *Journal des Notaires*, art. 27.260.
(2) *Ibid.*

co-héritiers sont en mesure de rapporter les sommes dont ils sont comptables vis-à-vis d'eux, ou si, pour se couvrir, il leur est plus avantageux de demander à exercer un prélèvement sur l'immeuble qui serait à liciter.

M. Cossart, ajoute qu'il y aurait peut-être un moyen de sauvegarder plus complètement les droits des co-héritiers auxquels un rapport serait dû ; ce serait de demander au tribunal d'ordonner d'abord la liquidation des droits des parties et ensuite, lorsque cette liquidation aurait été faite, de dire que le notaire commis formerait les lots en mettant dans chacun : 1° Les rapports de sommes dues par l'héritier à la succession, 2° une quote-part égale à la part héréditaire indivise de l'intéressé dans les biens mobiliers et immobiliers de la succession préalablement estimés ; 3° une soulte à recevoir ou à partager afin que le travail étant fait et homologué, celui à qui une soulte reviendrait pût prendre une inscription de privilège de co-partageant qui primerait l'inscription des créanciers personnels de l'héritier.

36. C'est aussi à l'idée de l'inscription du privilège de co-partageant que se rattache une autre proposition (1). Seulement on lui donne une autre base et on ne la fait intervenir qu'après la licitation.

Selon l'auteur de ce système l'héritier qui, ayant

(1) M. Giraud, notaire à Pionsat (Puy-de-Dôme). *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1904. Colin. D., 1895.1.41. — Pilon. *Revue trimestrielle de Droit Civil*, année 1903, p. 666. — *Journal des Notaires*, art. 27.494.

droit à un prélèvement, se trouve dans l'impossibilité de l'exercer, éprouvant par ce fait une lésion, puiserait dans cette lésion même le droit de se garantir par une inscription de privilège de co-partageant.

Mais cette opinion est fort contestable, elle encourrait le reproche que formulait la Cour Suprême contre l'arrêt de la Cour de Besançon. C'est pourquoi, dans le même travail, voit-on recommander un autre moyen qui semble tout d'abord en parfaite harmonie avec l'esprit de l'arrêt du 18 juin 1900. Ce serait, chaque fois qu'il y aurait lieu à rapport et à prélèvement, de les fixer avant la licitation et de les faire effectuer à due concurrence sur le prix à provenir de la licitation : le reliquat du prix s'il en existe, devant se diviser dans les termes de l'art. 1220 du Code Civil entre tous les intéressés. Ces prélèvements équivaudraient, dit-on, à un partage partiel et l'art. 883 produirait l'effet déclaratif. Mais le partage partiel ainsi opéré rentre-t-il dans les vues de l'arrêt du 18 juin 1900 rendu dans une espèce où les co-héritiers avaient liquidé tous leurs droits et fixé définitivement leurs parts dans les valeurs successorales, y compris le prix de l'immeuble à liciter ? On peut en douter.

On a, en conséquence, cherché d'autres procédés pour sortir d'embarras. Le journal l'*Audience* (1) préconise celui-ci : faire déterminer par une expertise la valeur des immeubles successoraux, afin de permettre au notaire liquidateur de fixer les droits des parties et d'apprécier si le montant des sommes dues par le

(1) N° 5 nov. 1901.

co-héritier qui a consenti des hypothèques dépasse ou non sa part héréditaire. Alors de deux choses l'une : ou ce qu'il doit à la succession est supérieur à sa part héréditaire et comme dans ce cas il doit être considéré comme rempli de ses droits et sans qualité pour provoquer la licitation, les immeubles seront lotis au profit des autres héritiers, conformément à leurs droits respectifs et l'effet déclaratif aura lieu ; ou au contraire, sa part héréditaire dépassera ce qu'il doit à la succession : dans ce cas, l'observation des art. 831, 832, 834 du Code Civil permettra d'étendre autant que possible le partage en nature et pour les immeubles qui ne seront pas entrés dans les lotissements effectués, le notaire liquidateur en mettra la valeur dans le patrimoine des co-héritiers, proportionnellement aux attributions déjà faites, avec accroissement ou diminution, selon les résultats de la licitation.

Les créanciers de l'héritier seront ainsi réduits à la part que leur débiteur aura reçue dans la valeur de ces immeubles. Cette méthode d'application, qui présente de sérieuses difficultés, expose les intéressés à toutes les réclamations des créanciers hypothécaires.

Le *Journal des Notaires* (1), après avoir énuméré ces derniers moyens et en avoir contesté la légalité, conclut : « A quelque point de vue qu'on se place pour échapper aux inconvénients créés par la doctrine de la Cour de Cassation, on se heurte à des objections, auxquelles on ne peut se soustraire. »

37. Nous voyons donc que les systèmes préconisés

(1) 1902, article 27.494 déjà cité.

par la pratique sont faibles ; leurs effets sont incertains. Le seul remède était de combattre les arguments de la Cour de Cassation, qui devait finalement revenir à notre interprétation. Il était à souhaiter que l'on fît retour à la doctrine intermédiaire qui dédouble l'effet de la licitation au profit d'étranger, doctrine qui était professée par MM. Aubry et Rau et Demolombe.

Les Cours d'Appel, dans leur résistance, ont cru pouvoir tirer parti de l'art. 830 du Code Civil, qui s'applique aux rapports, pour repousser les conséquences désastreuses de la jurisprudence de la Cour Suprême. C'est un dernier expédient, que des arrêtistes, comme MM. Percerou et Pilon, ont aussi fait valoir.

Pour exposer ce dernier argument en faveur des co-héritiers et pour que cette partie de notre travail soit plus claire et mieux ordonnée, nous reviendrons à notre première discussion doctrinale. Nous remettrons en débat la jurisprudence que nous avons examinée déjà et nous terminerons par le dernier arrêt de Cassation, rendu toutes Chambres réunies. Cet arrêt marque un retour à l'ancienne interprétation de la jurisprudence, qui avait eu les faveurs des cours et des tribunaux avant 1887.

Un arrêt de la Cour de Besançon du 15 novembre 1901 (1) déclarait que les créanciers hypothécaires ont bien le droit de préférence sur l'immeuble indivis grevé d'hypothèques ; mais les créanciers hypothécaires seront primés par le droit plus fort de prélèvement, que les art. 829 et 830 du Code Civil créent au profit des

(1) S., 1905.2.89, note de M. Wahl.

co-héritiers, en cas de rapport dû par leur co-partageant. Ce droit de préférence sur tout autre s'analysait donc en un privilège qui avait pour base l'article 830.

A cela, la Cour de Cassation par arrêt du 21 juin 1904 (1), répondait que cette reconnaissance d'un privilège constituait une interprétation abusive de la loi. « La Cour, vu l'art. 830 du Code Civil, attendu que si, aux termes des articles 829 et 830 du Code Civil, les co-héritiers, auxquels il est dû un rapport de dettes, peuvent en prélever le montant sur la masse de la succession, ce prélèvement ne saurait toutefois, en l'absence d'une disposition légale expresse, s'exercer sur le prix d'un immeuble successoral au préjudice des droits d'un créancier nanti d'une hypothèque sur ledit immeuble.... et que cette règle s'applique notamment à l'hypothèque constituée pendant l'indivision par l'héritier tenu au rapport, lorsqu'elle a conservé son effet en cas de licitation, par le fait que l'adjudication a été prononcée au profit d'un tiers étranger à la succession ; qu'il n'en pourrait être autrement qu'autant qu'un partage intervenu avant la licitation aurait définitivement réglé les droits respectifs des co-héritiers sur le prix de l'immeuble et fixé ainsi, par application de l'art. 883 du Code Civil, le sort des droits constitués sur cet immeuble durant l'indivision. »

« Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué, que deux immeubles dépendant de la succession de la veuve Dumoulin ont été licités et adjugés à

(1) S., 1905.1.273, note de M. Wahl.

des tiers et que dans les ordres ouverts à la suite de cette vente, Chollet, créancier de l'un des co-héritiers, Paul Dumoulin, se prévalant d'une hypothèque à lui conférée par ce dernier, a demandé à être colloqué en proportion de la part héréditaire de son débiteur ;

» Attendu que la Cour de Besançon, tout en reconnaissant que l'hypothèque était valable, a néanmoins refusé la demande de collocation, sous le prétexte que, suivant un partage définitif, Paul Dumoulin, débiteur d'un rapport supérieur à son émolument, ne pouvait prétendre à aucune part du prix et que, dès lors, ses co-héritiers devaient être admis à exercer leur prélèvement sur ce prix, à l'encontre des créanciers personnels du dit Paul Dumoulin ; mais attendu, d'autre part, que le partage invoqué étant postérieur à la licitation, ne pouvait donner lieu à l'application de l'art. 883 du Code Civil, quelle que fût l'attribution du prix de vente consacrée par cette opération, et que, d'autre part, la préférence donnée par la Cour au prélèvement des co-héritiers sur les droits du créancier hypothécaire équivalait à la reconnaissance, au profit des premiers, d'un privilège non prévu par la loi : en quoi l'arrêt attaqué a été faussement appliqué et a, par suite, violé le texte de loi sus-énoncé.

» Casse, etc... »

Les co-héritiers peuvent donc exciper de leur droit de prélèvement sur les biens héréditaires, mais seulement en cas de partage. Or, par ce fait que la licitation vaut vente, l'immeuble licité ne peut être considéré comme venant du de cujus. Le prélèvement ne peut avoir trait à cet immeuble. De leur côté, les créanciers,

qui ont hypothèque, ont un droit de préférence qui les fait passer avant les co-partageants de celui qui a donné son immeuble en garantie. Les indivisaires subiront la priorité de ces créanciers hypothécaires, par le fait qu'ils sont des créanciers, comme les autres, du communiste tenu du rapport.

L'argumentation présentée par la Cour de Cassation, exige un complément d'explication. Si l'immeuble licité n'est pas soumis à l'effet déclaratif, c'est parce qu'il s'agit d'une vente ; seulement, la Cour suppose toujours que les vendeurs sont tous les communistes et que chacun d'eux a droit à sa part du produit de l'aliénation.

Ce principe est sujet à contestation, mais, une fois admis, il faut en déduire, selon nous, toutes les conséquences.

En réponse à cette opinion de la Cour, manifestée dans l'arrêt de 1904, M. Pilon formulait la thèse suivante (1).

Pour donner la préférence aux co-héritiers créanciers du rapport sur les créanciers hypothécaires il n'y a pas lieu de parler du privilège. Le prélèvement général, que les co-héritiers exercent sur le prix, se fait à titre de co-propriétaires de l'ensemble. Les créanciers hypothécaires ne peuvent exercer leur droit de préférence qu'après les co-propriétaires eux-mêmes. En ce sens, la Cour de Bourges parle d'une compensation mécanique qui s'établirait entre les droits des-

(1) *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1905.

héritiers sur la succession et les dettes qu'ils sont tenus de rapporter (1).

Le prélèvement, ainsi conçu, soulevait encore une objection. Il suppose que les communistes agissent tous comme co-propriétaires de l'immeuble licité. Or il n'en est rien, puisqu'il y a licitation au profit d'un étranger. A moins qu'on applique à ce prix de vente l'art. 883 et que le partage de ce prix, postérieur à la licitation, n'ait effet sur cette créance. Mais la Cour de Cassation rejette justement cette idée.

Les Cours d'Appel continuent à tenir compte du motif du prélèvement que nous avons critiqué plus haut, et c'est justement ce qui marque la différence de vues qui sépare la Cour Suprême d'avec les juridictions du second degré. Le 29 mars 1905, la Cour de Lyon, sur renvoi, maintient l'interprétation de la Cour de Besançon dans l'affaire Chollet contre Dumoulin (2). La Cour en donne comme motif le fait de compensation et le titre de propriétaires des divers co-héritiers. « Considérant que l'antériorité des droits des communistes, alors même qu'elle ne serait pas consacrée par un texte légal, résulterait forcément de la qualité différente des parties : d'une part, droit de propriété générale ; de l'autre, droit de créance restreint dans son objet ; que les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt : qu'ils sont propriétaires par indivis de la

(1) Bourges, 28 mai 1902, arrêt cassé. D., 1906.1.43. — Dijon, arrêt du 21 décembre 1903. S., 1905.2.93. — V. aussi 23 mars 1892. D., 93.1.168.

(2) S., 1905.2.244.

totalité de l'actif successoral ; que si un rapport n'est pas fait, celui des co-intéressés qui le doit, se remplit, en ne l'effectuant pas, de ses droits à concurrence de sa dette et le prélèvement opéré par les autres, en vue de rétablir l'équilibre, d'assurer l'égalité entre co-partageants, est exercé par eux, non à titre de créanciers, mais à titre de co-propriétaires, prenant leur part dans l'avoir commun (1). »

38. Cette dernière tentative des Cours d'Appel, pour entraver les conséquences de la jurisprudence de la Cour Suprême, ne permettait pas d'espérer une issue heureuse pour les co-héritiers. Nous pensons qu'il n'est pas possible, par voie de prélèvement, ou par voie de compensation, de donner préférence aux co-héritiers créanciers de rapport sur les créanciers ayant hypothèque.

Il reste donc, comme dernière ressource, à s'attaquer au principe admis, principe dont la Cour Suprême a tiré les conclusions que nous avons jugées regrettables. Il faut admettre, que la licitation prononcée au profit d'un étranger, est une vente, mais qu'à l'égard des héritiers l'opération est un incident du partage. Et la réglementation des droits des parties intéressées relève du partage postérieur, auquel il faut reconnaître ses effets ordinaires.

« Si, au moment de la mise en vente, les droits de chacun des co-héritiers dans l'immeuble licité étaient déjà liquidés et déterminés, nous croyons que chacun

(1) V. encore Dijon, 21 décembre 1905. D., 1906.2.28.

d'eux, devrait être considéré, vis-à-vis de l'adjudicataire, comme vendeur pour sa part. Au contraire, si au moment de la mise en vente, le règlement des droits de chacun n'avait pas encore été fait, de telle sorte que la licitation n'était comme elle n'est en effet le plus souvent, qu'un incident du partage et une opération préparatoire de la liquidation définitive, alors notre avis est que la question de savoir lequel ou lesquels des co-héritiers devront être considérés comme vendeurs, est subordonnée à l'événement du partage, par application de l'art. 883 et qu'en conséquence, s'il arrive que, par le procès-verbal de partage, le prix de la licitation soit attribué à quelques-uns des co-héritiers ou même à un seul des co-héritiers, celui ou ceux-la seulement, auquel le prix aura été attribué, devront être considérés comme vendeurs, et, par suite, comme les seuls créanciers du prix, comme les seuls aussi, dès lors, dont les créanciers particuliers pourraient avoir sur l'immeuble licité des hypothèques ou d'autres droits constitués du chef de leur débiteur pendant l'indivision (1). »

Cette opinion intermédiaire peut seule être conforme à l'équité et satisfaire aux exigences de la loi.

39. La Cour Suprême, dans un arrêt retentissant, rendu toutes chambres réunies, est revenue à cette opinion sur pourvoi, au sujet de l'arrêt de Lyon du 29 mars 1905 qui confirmait l'arrêt cassé de Besançon (2).

(1) Demolombe, 17, nº 273.
(2) Affaire Chollet, c. Dumoulin.

Cet arrêt, qui est du 5 décembre 1907 et qui a remis la question au point où elle en était avant 1887, est la négation des arrêts précédents. Il rétablit la solution que nous souhaitions, en la justifiant par les motifs que nous avons développés (1).

« Attendu, que si l'adjudication sur licitation d'un immeuble dépendant d'une hérédité, doit, au regard de l'adjudicataire, quand il est un tiers étranger à l'indivision, être considérée comme une vente : elle constitue, dans les opérations des co-héritiers entre eux, une opération préliminaire du partage ; que la vente, ainsi faite, l'est, en réalité, pour le compte de la masse successorale ; et que la créance du prix entre dans l'actif à partager, pour y être soumise comme l'aurait été l'immeuble même qu'elle remplace, aux règles ordinaires du partage, notamment en ce qui concerne soit les prélèvements autorisés par l'art. 830 du Code Civil au profit des co-héritiers à qui un rapport est dû en moins prenant, soit la formation et composition des lots à chacun desquels, suivant l'art. 832, il convient d'attribuer, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur : ce qui exclut, même pour les créances héréditaires, l'application en cette matière de l'art. 1220 du Code Civil, d'après lequel elles se divisent entre les héritiers du créancier proportionnellement à leur part, lorsqu'il s'agit d'en poursuivre le paiement contre les débiteurs ;

» Attendu, en conséquence, que sur le prix d'adju-

(1) D., 1908.1.113, note de M. Ambroise Colin. S., 1908.1.5, note de M. Lyon-Caen.

dication, le droit qui en principe appartient à chaque héritier n'est pas, dès le jour de la vente, fixé pour lui définitivement à l'égard de ses co-héritiers, mais reste subordonné aux résultats de la liquidation et du partage ; que si donc un héritier est tenu à un rapport en moins prenant et si, à la suite du prélèvement opéré en conformité de l'art. 830 du Code Civil, la créance du prix est dans le partage attribuée tout entière à l'un de ses co-héritiers, il sera réputé rétroactivement n'avoir eu sur ce prix aucun droit, puisque le co-héritier qui en est attributaire est, aux termes de l'art. 883, « censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot » et qu'ainsi la créance, remplaçant l'immeuble dans la masse successorale, devient elle-même, quoique n'étant pas née en la personne du défunt, un effet de la succession auquel l'art. 883 s'applique ;

» Attendu qu'il en résulte que les créanciers personnels de l'héritier débiteur du rapport, n'ayant pas plus de droits que lui, ne peuvent, à l'encontre des co-partageants par qui le prélèvement a été exercé, élever la prétention soit s'ils sont chirographaires de concourir avec ceux-ci au marc le franc, soit de leur être préférés s'ils ont fait inscrire une hypothèque consentie par lui sur l'immeuble durant l'indivision ;

» Et attendu, d'après les constatations de l'arrêt attaqué, qu'au cours de l'indivision, Paul Dumoulin avait consenti une hypothèque sur deux immeubles indivis, que ces immeubles ont été sur licitation adjugés à des étrangers ; que dans le partage, les prix d'adjudication ont été attribués aux co-héritiers de Paul

Dumoulin, lequel était tenu au rapport en moins prenant d'une dette supérieure à son émolument ; que néanmoins le créancier hypothécaire a, dans les ordres ouverts, demandé sa collocation sur lesdits prix en proportion de la part héréditaire de son débiteur ;

» Attendu qu'en rejetant cette demande par le motif que Paul Dumoulin n'avait aucun droit sur les sommes mises en distribution, l'arrêt n'a ni violé ni faussement appliqué les articles de loi, visés au moyen :

» Rejette. » (1).

Cet arrêt assure le triomphe de la jurisprudence ancienne. Le partage même postérieur à la licitation, a son effet ordinaire : les conséquences pratiques en sont très importantes. La licitation au profit d'un tiers est une vente, elle est un incident de partage à l'égard des co-partageants. Donc, l'hypothèque qui naîtra pendant la division, du chef de l'un des héritiers, sur l'immeuble licité à un tiers, ne portera pas si la créance du prix qui en est la représentation est attribuée aux autres héritiers.

De même la purge de cette hypothèque de la part du tiers adjudicataire sera sans objet. Pour procéder à cette purge, ce dernier sera donc obligé d'attendre le résultat du partage, qu'il pourra d'ailleurs provoquer ou auquel il pourra intervenir, comme adjudicataire créancier de l'obligation de garantie.

40. Cependant, beaucoup d'auteurs, voyant le bouleversement qu'entraîne, en fait, l'art. 883, proposent

(1) Le rapport et les conclusions du rapport du procureur général Beaudouin se trouvent dans la *Gazette du Palais* de décembre 1907, p. 835.

de rayer de notre Code cet article, cause de tout le mal. Tant que l'idée de la continuation de la personne du défunt, avec division des créances et des dettes, sera la base de notre régime successoral, nous enregistrerons des controverses.

Selon M. Percerou, on pourrait, pour éviter ces ennuis, s'inspirer dans cette réforme des règles de la liquidation des sociétés (1).

« Notre principe traditionnel est, à coup sûr, funeste dans ses applications pratiques. Depuis longtemps, notre législation aurait dû abandonner cette conception archaïque et recourir pour la liquidation des successions à une idée analogue à celle que l'on admet pour la liquidation des sociétés. Une société est censée se survivre pour les besoins de sa liquidation ; c'est pour son compte que les ventes sont effectuées, que les dettes sont payées. Les associés n'en partagent l'actif, s'il en reste, que quand tout est liquidé. De même, il faudrait, pour liquider une succession, considérer qu'elle continue à former un patrimoine unique reposant sur la tête du défunt censé se survivre à lui-même pour les besoins de cette liquidation. Les héritiers n'auraient, pendant les opérations liquidatives, aucun droit de disposition individuelle sur les biens héréditaires, pas plus que les associés ne peuvent disposer séparément des biens d'une société dissoute, mais non encore liquidée » (2). « Que de difficultés une

(1) Percerou. *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1905. Le passif héréditaire.

(2) Percerou. *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1905. Le passif héréditaire. — Paris, 18 août 1881. S., 82.2.25, note de M. Lyon-Caen.

conception semblable serait de nature à éviter. Ainsi pour n'en citer qu'un seul exemple : l'héritier ne pouvant disposer de sa part indivise dans l'immeuble à liciter, il ne saurait être question de donner effet vis-à-vis de ses co-héritiers à l'hypothèque qu'il aurait consentie sur cette part » (1).

41. Le nouveau Code Civil allemand entré en vigueur le 1er janvier 1900 donne une solution très heureuse de la question qui nous occupe. C'est cette conception que beaucoup de jurisconsultes souhaitent voir s'introduire dans notre Code à propos du conflit entre co-héritiers créanciers de rapports en moins prenant et créanciers hypothécaires.

Pour la liquidation du passif héréditaire, le Code Civil allemand a repris une vieille théorie du droit coutumier germanique (2). Au lieu de la conception de la continuation divisée de la personne et du régime hybride de l'indivision, on adopte le régime de la succession aux biens. La succession forme ainsi une masse autonome, ayant une personnalité juridique indépendante de celle des héritiers et partant une liquidation séparée. On a ainsi, en un mot, la propriété en main commune (la gesammte-hand du droit allemand), qui pourrait régir les communautés tout comme les successions.

La gesammte-hand pourrait se définir une masse de biens dont plusieurs sont co-propriétaires. Mais les titulaires de ce droit réel, d'un genre spécial, ne peuvent se dire les maîtres des biens communs. Tout

(1) *Pandectes*, 1905.2.216, note de M. Percerou.
(2) Art. 2033 Code Civil allemand.

est à tous, sans qu'une part du tout soit à chacun.

Les co-propriétaires doivent s'entendre pour disposer d'une partie des biens communs et qui sont distincts de leur patrimoine particulier. Le droit individuel de disposition n'est pas possible sur la gesammte-hand. L'hypothèque n'est permise qu'avec l'assentiment de tous les intéressés. L'acquéreur d'un bien est l'ayant-cause de tous les co-propriétaires et il est obligé de supporter tous les droits réels qui ont été consentis avec le concours de tous (1). Avec cette notion, le droit allemand préserve les indivisaires de toute surprise qui pourrait naître après partage, quand, du chef de l'un des leurs, une hypothèque ou un droit réel quelconque aurait grevé un bien partagé.

Cette explication évite les inconvénients que peut entraîner notre principe déclaratif du partage, soit pour les créanciers qui peuvent être lésés à la suite d'un lotissement effectué à leur détriment, soit pour les co-héritiers créanciers de rapport qui peuvent subir les fluctuations d'une jurisprudence qui leur est défavorable, comme cela se présentait avant l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 décembre 1907. Le droit allemand présente une solution d'une supériorité incontestable sur celle que notre droit français admet. Il est évident, en effet, que les co-propriétaires réunis tiennent la place du de cujus. Il faudrait donc en tirer cette conclusion que l'assentiment de tous est nécessaire pour disposer d'une partie des biens communs.

(1) M. Josserand. Essai sur la propriété collective. *Livre du Centenaire.* — V. *Droit comparé,* Fuzier-Herman. Partage *in fine.* — M. Wahl. *Revue trimestrielle de Droit Civil,* 1906.

42. Enfin M. Marc Desserteaux, dans son étude sur l'effet déclaratif du partage en droit civil français, après avoir examiné les différents systèmes en vigueur dans les pays étrangers et énuméré les divers inconvénients que la théorie de l'effet déclaratif peut présenter, notamment dans l'hypothèse que nous avons longuement envisagée, recherche, lui aussi, quelle serait la meilleure solution à apporter à l'état actuel des choses. Il étudie la mesure dans laquelle il serait opportun de faire des emprunts aux Codes étrangers, lors de la révision de Code Civil.

Et tout d'abord, il engage les auteurs à se garder de l'enthousiasme excessif pour les idées étrangères qui, depuis quelques années, se manifeste chez de savants civilistes français et qui pousse aussi ces derniers à détruire avec un peu trop d'ardeur nos traditions nationales (1).

Il concède aux systèmes suisse et allemand le premier rang en ce qui concerne les créances et les dettes héréditaires. Mais, envisageant la question d'une façon générale, il reconnaît que la théorie française est supérieure à la théorie germanique pour la liquidation des co-propriétés qui ne sont ni des hérédités, ni des communautés à liquider entre un époux et les héritiers de l'autre.

Selon M. Desserteaux, il y aurait lieu de faire une réforme modérée qui peut se réclamer de l'exemple

(1) M. Desserteaux induit du fait que dans la constitution d'hypothèques sur biens indivis, les notaires exigent la signature de tous les communistes, que la pratique française a une certaine tendance à adopter le système germanique.

de la Suisse et qui nous donnerait à la longue des indications précises sur l'excellence de tel ou tel système. Il préconise le libre choix par les parties.

« Pourquoi, dit-il, ne leur permettrait-on pas en France de se soumettre volontairement aux régimes allemand et suisse ?..... On pourrait ainsi faire progressivement l'essai de ces systèmes et, s'ils sont vraiment très supérieurs aux nôtres, en pratique, ils ne manqueront pas de s'imposer eux-mêmes au choix des intéressés. »

Le moule juridique dans lequel on pourrait couler les systèmes allemand et suisse pour les acclimater dans la pratique française serait la société civile puisque, grâce à l'article 1860, les biens mis en société sont frappés à l'égard de chacun des associés d'une indisponibilité analogue à celle des biens tenus en main commune dans les législations germaniques ? Mais il faudrait, pour rendre les services réclamés par les auteurs, qu'elle soit réglementée soit au point de vue fiscal, soit au point de vue des tiers, soit au point de vue des héritiers dont on voudrait éviter les spéculations frauduleuses ? (1).

Sans méconnaître le mérite du système de M. Percerou, qui évite toute collusion à l'égard des créanciers, nous dirons qu'il a pour le successible besogneux l'inconvénient de rendre sa part successorale indisponible

(1) M. Desserteaux présente un projet de révision offrant une double rédaction, l'une dans l'hypothèse où on croirait devoir refuser à la majorité le pouvoir d'imposer sa décision, l'autre dans l'hypothèse où ce pouvoir serait admis. — V. chap. VI, spécialement les numéros 215 à 224 exclusivement.

pendant toutes les opérations de la liquidation. Or celles-ci peuvent durer assez longtemps.

Nous nous rallierons plutôt au système de M. Desserteaux qui remédie à l'obstacle signalé et permet en outre d'obtenir un meilleur résultat. Il a en effet la meilleure base qui soit : la pratique quotidienne. L'expérience de chaque jour tracera le sillon dans lequel prendra racine la réforme législative.

§ IV. Cession de droits successifs

Différentes hypothèses qui peuvent se présenter en cas de cession à un étranger, 43. — A un co-propriétaire, conditions générales d'application, 44. — Opinion de M. Planiol, 45. — De M. Laurent, 46. — Evolution de la jurisprudence; conclusion, une seule condition est nécessaire, 47. — Cas d'application de l'effet déclaratif conformément à notre thèse, 48.

43. Nous avons dit, dans notre exposé préliminaire, que certains assimilaient au partage la cession de droits successifs, consentie suivant des conditions déterminées. Nous devons donc étudier les différents cas où ce résultat se produit et en tirer par suite les conséquences qui en découlent naturellement pour les hypothèques consenties, pendant l'indivision, par un ou plusieurs co-propriétaires sur leur part indivise.

Les communistes peuvent faire cession de leurs droits indivis en faveur d'un étranger ou au profit de l'un d'eux. La cession de droits successifs consentie au profit d'un étranger n'est pas un partage. Par conséquent, si cette cession comprend des immeubles

hypothéqués par l'un des indivisaires, le cessionnaire sera obligé de supporter toutes les charges dont son immeuble se trouve grevé.

Si l'un des co-héritiers a fait cession à un tiers de l'ensemble de ses droits successoraux, les hypothèques, qu'il a consenties, continuent leur existence conditionnelle. Mais si, dans la suite des opérations du partage, le tiers acquéreur intervient dans une licitation et se rend adjudicataire de la totalité d'un bien de la succession, les hypothèques qui grevaient ce bien durant l'indivision du chef des autres co-héritiers, le greveront elles encore dans les mains du cessionnaire ? Ce dernier devrait, par le fait qu'il est étranger, supporter les hypothèques de tous les co-héritiers, mais comme il représente l'un des co-partageants, il n'aura à tenir compte que des hypothèques par lui consenties (1).

Il se peut aussi qu'il y ait eu cession par un co-héritier d'une quote-part de ses droits (2). En pareil cas, les hypothèques du cédant sont maintenues, quand le tiers cessionnaire obtient par la suite les biens hypothéqués aux lieu et place des droits qui lui ont été cédés.

L'un des co-partageants peut aussi avoir cédé à un tiers un immeuble qui n'a pas encore fait l'objet d'un partage. Cet immeuble a été hypothéqué par lui. Il est évident que cette cession est possible (3), mais elle

(1) Il faut considérer le cessionnaire comme le représentant du cédant. Le cessionnaire a tous les avantages de la position ancienne du cédant. Le retrait successoral de l'article 841 ne s'explique que pour empêcher l'étranger d'invoquer ces avantages.

(2) Cass., Req. 23 mars 1870. S., 71.1.78. — Pau, 12 décembre 1892. D., 94.2.167.

(3) Cass., arrêt précité, Req. 23 mars 1870. S., 71.1.79.

est aléatoire si elle est faite avant le partage. En effet, le sort et de la cession et de l'hypothèque dépendront de l'attribution qui interviendra. Les hypothèques du cédant ne seront maintenues que si l'immeuble grevé est assigné au cessionnaire ou plutôt au cédant dont il tient son droit.

Tous les communistes se sont trouvés d'accord pour céder la totalité de leurs droits moyennant un prix à un étranger. Cette cession étant translative de propriété, cet étranger supportera les charges réelles consenties sur les immeubles successoraux pendant la période d'indivision.

On pourrait concevoir aussi une cession par les communistes d'une quote-part des biens successoraux, un tiers, un quart par exemple, ou d'un bien quelconque. En pareil cas, le sort de toutes les hypothèques grevant les immeubles vendus dépendrait encore des effets que la convention ultérieure de partage emporte. Les sûretés réelles ne seraient maintenues que si le lotissement effectué attribuait au cessionnaire la part de biens acquises antérieurement par lui.

44. La cession des droits successifs, faite au profit d'un ou de plusieurs co-héritiers, donne lieu à de longues discussions. Nous éliminerons tout d'abord, avant d'étudier les différentes phases que peut présenter le problème, la cession de droits successifs à titre gratuit, qui, elle, n'est pas un partage.

Quant à la cession de droits successifs à titre onéreux, l'opinion générale lui reconnaît un effet déclaratif (1).

(1) Demolombe, 17, nos 279 et 280. — Laurent, X, 423. — Baudry et Wahl, v. 4337. — Fuzier-Herman. *Code Civil annoté*, a. 883, no 173.

Voyons les différentes hypothèses qui peuvent se présenter et si nous pouvons leur appliquer l'effet déclaratif de l'article 883 du Code Civil, nous en conclurons que les hypothèques établies pendant l'indivision par d'autres que le cessionnaire s'évanouissent ; ce dernier se trouve en effet dans la situation de tous les héritiers ; il est saisi directement, après l'acte qui tient lieu de partage, de tous les biens qui sont entrés dans son patrimoine.

Mais plusieurs conditions, longtemps exigées pour que cet effet déclaratif se réalise dans toute opération de partage, font souvent défaut dans l'hypothèse d'une cession de droits successifs.

Suivant la doctrine et la jurisprudence il fallait d'abord que l'acte qualifié partage fût l'œuvre de tous les communistes et ensuite il fallait une cessation d'indivision complète. Cette seconde condition est moins constamment et moins rigoureusement réclamée. Ainsi la licitation faite au profit de plusieurs qui ne met pas fin à l'état antérieur d'indivision, qui établit même une nouvelle indivision entre les adjudicataires peut fort bien être un partage (1).

Y aurait-il une raison qui nous empêchât d'étendre à la cession de droits successifs cette même jurisprudence ? Mais la question une fois résolue et en supposant que dans tout acte de partage il ne soit pas néces-

— Aubry et Rau, VI, § 125. — Huc, V, 444. — Testoud. 1880, *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*. — De Folleville. *Effet declaratif*, 118.

(1) V. Licitation-partage, § II de la première section. — Ex Nancy, 7 juillet 1896. D., 97.2.283, S., 97.2.123. — Cass., S., 96.1.481.

saire de faire cesser toute indivision, il resterait encore que pour la cession de droits successifs, toutes les parties dussent y concourir. Cette autre condition du partage se rencontre toujours dans la licitation au profit d'un co-héritier. Une cession de droits successifs, au contraire peut intervenir à l'insu de certains communistes.

De ce que la cession de droits successifs peut soulever ces deux questions par opposition à la licitation et au partage en nature et avec soulte, doit-on la distinguer des différents cas d'application du partage ?

Suivant la généralité des auteurs, il y aurait lieu de considérer s'il y a eu entente ou non entre tous les communistes, parce que la cessation de toute indivision n'est pas nécessaire pour le partage.

45. M. Planiol estime qu'il est impossible dans n'importe quel cas d'étendre l'effet déclaratif à la cession de droits successifs (1). « Alors même qu'elle fait complètement cesser l'indivision et que tous les cohéritiers y sont intervenus, le cession de droits successifs ne peut jamais valoir partage. » Le partage suppose un lotissement, une attribution ; or, un acte qui donne la totalité d'une succession à un seul, à charge pour lui de payer aux autres la valeur de leur part, supprime tout lotissement, toute répartition. Et cependant, c'est précisément en cette espèce que la cession de droits successifs pouvait le mieux se rapprocher du partage. Quant au texte de l'art. 883, il n'a pas parlé

(1) *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, année 1883, p. 588, 686.

non plus de la cession de droits successifs et la tradition n'étant pas établie sur ce sujet ne peut nous donner de renseignements.

Suivant M. Planiol, le principe du partage déclaratif s'explique uniquement, quand on peut supposer une part réalisée ou délimitée déjà qui accroît à un autre héritier, comme cela se présente en cas de partage avec soulte. Mais ce principe ne peut pas, d'après lui, être invoqué pour la réunion de deux ou plusieurs vocations héréditaires sur une seule tête, comme dans la cession de droits successifs. La cession de droits successifs a pour effet de diminuer le nombre des co-partageants et ne constitue pas une composition matérielle de lots ; elle n'est pas un partage. Peu importe que la cession ait été faite par un ou plusieurs des co-héritiers à un seul, à quelques-uns ou à tous. La cession de droits successifs à titre onéreux est une vente comme la cession de droits successifs à titre gratuit est une donation. Par conséquent, les hypothèques consenties durant l'indivision par un ou plusieurs indivisaires sur les biens cédés, conservent toute leur valeur.

A cette doctrine, qui pourrait invoquer quelques arrêts (1), on oppose l'opinion commune. Les auteurs font une distinction (2). La cession de droits successifs a-t-elle fait cesser complètement l'indivision ? alors elle équivaut à partage. La laisse-t-elle au contraire

(1) Toulouse, 14 décembre 1850. D., 51.2.85. — Grenoble, 4 janvier 1853. D., 55.1.356. — V. Dalloz annoté, art. 883, n° 112.

(2) Demolombe, 17.279. — Aubry et Rau, 6.625. — Demante et Colmet de Santerre, 3.225. — De Folleville. *Effet déclaratif*, 118. — Huc, 5.444. — Testoud, *loco citato*.

subsister entre quelques-uns des co-héritiers : les effets du partage ne se produisent pas, car elle vaut vente. Le but du partage est de faire cesser l'indivision ; or, on y arrive avec la cession des droits successifs ; tous les actes qui amènent ce résultat équivalent à un partage et doivent avoir la même rétroactivité que le partage.

L'état d'indivision peut prendre fin par deux procédés. Tout d'abord, s'il y a division de la masse indivise entre les divers ayants-droit, il y a partage. Pourquoi n'y aurait-il pas partage encore quand le nombre des indivisaires diminue, quand l'un d'entre eux se trouve avoir tous les droits héréditaires par cession de droits successifs. Dans ce cas, dit-on, ou tous les propriétaires sauf un disparaissent, il ne peut pas y avoir partage. Et cependant l'opération est identique à celle d'un partage où tous auraient abandonné les biens héréditaires à charge de soulte au profit de l'un d'entre eux. Si bien qu'il n'y a pas lieu de distinguer si l'on diminue le nombre des propriétaires ou si l'on divise la masse à partager. Cette doctrine était admise par une importante jurisprudence (1). Elle assimilait donc entièrement la cession de droits successifs à un partage. Avec ce système la cessation totale d'indivision était exigée dans tout partage, dans le partage en nature et dans la licitation au profit d'un co-héritier, pour que l'effet déclaratif puisse se réaliser :

(1) Metz, 20 décembre 1865. S., 66.2.281. — Paris, 10 août 1882. *Revue Notariat*, art. 6543. — Montpellier, 21 décembre 1844. S., 45.2.587. — Cass., 8 mars 1875. S., 75.1.449, note de M. Labbé. — Cass., 19 mai 1886. D., 87.1.13.

il était donc juste d'exiger cette même condition dans la cession de droits successifs.

46. Parmi les grands commentateurs du Code, M. Laurent (1), d'ordinaire si strict en ce que concerne la lettre des textes, proposait de faire une nouvelle concession qui élargissait le domaine de la cession de droits successifs déclarative. Selon lui, « la cession vaut partage non pas seulement quand elle fait cesser complètement l'indivision, mais aussi quand elle intervient entre tous les co-propriétaires ». Il faisait cette démonstration à l'aide du raisonnement suivant : La licitation au profit d'héritier est un acte qui se confond avec le partage. Tous les héritiers y prennent nécessairement part. Si l'un faisait défaut, il n'y aurait plus de licitation et partant plus de partage. Voilà pourquoi la licitation est un acte de même nature que le partage et pourquoi aussi il faut exiger pour la licitation les mêmes conditions que pour le partage (cessation d'indivision).

Il n'en est pas de même pour la cession de droits successifs, elle n'est pas, comme la licitation, un partage : il n'y a pas lieu de se préoccuper si la cessation d'indivision en résulte. La cession de droits successifs est une vente ; mais, quand tous les héritiers y concourent, elle a le même effet que la licitation en ce sens qu'elle fait cesser l'indivision quant aux objets cédés, soit à l'égard de tous les co-héritiers, soit à l'égard de quelques-uns. Si tous les héritiers ne con-

(1) X, 423, a. 426.

courent pas à la cession, il n'est plus possible de l'assimiler à un partage, car le caractère essentiel du partage manque : le concours de tous les héritiers. Alors, la cession de droits successifs reste ce qu'elle est par sa nature, c'est-à-dire une vente, et, comme conséquence, les charges hypothécaires qui grevaient la chose vendue sont maintenues. Au cas inverse, en ce qui concerne la cession comportant l'intervention de tous les héritiers, seules les hypothèques consenties par le cessionnaire subsistent, celles consenties par les cédants disparaissent. Et ce résultat, ajoute Laurent, est bien fondé puisque cette cession intéresse tous les héritiers ; il est juste qu'elle soit déclarative parce qu'ils se sont entendus pour la réglementer (1).

Avant 1890, la jurisprudence s'était ralliée à l'opinion générale (2). Mais, à partir de ce moment, commença une période d'incertitude pendant laquelle Tribunaux et Cours ont paru étendre à tout acte de partage, même quand il ne ferait pas cesser complètement l'indivision, l'effet déclaratif de l'article 883. On remettait donc en question les conditions de la rétroactivité du partage ; et la tendance qui domine est celle qui en favorise l'extension en dehors du domaine qui lui avait été reconnu jusqu'alors (cessation d'indivision). Par le fait, les auteurs se trouvent nécessairement d'accord, mise à part l'opinion de M. Planiol, que nous avons examinée plus haut.

(1) Laurent. *Droit Civil Français*, t. X, 445. — Fuzier-Herman. V. Partage, n° 171 et suiv. — Cass., Req. du 9 décembre 1878. S., 79.1.404. D., 79.1.299.

(2) Notamment Cass., 10 novembre 1862. D., 62.1.470 et arrêts précités.

Puisque désormais, avec cette nouvelle manière de voir, pour que l'effet déclaratif se réalise, la cessation totale d'indivision n'est plus exigée dans les cas d'applications classiques du partage, soit dans le partage en nature, soit dans la licitation, la cession de droits successifs n'a plus à satisfaire à cette condition et, comme le remarque Laurent, la cession est déclarative de propriété quand elle est le fait de tous ; elle est une vente dans le cas contraire (1).

La difficulté ne peut plus guère se présenter qu'à propos de la cession de droits indivis où l'on distingue les cas où la cession a été faite par un ou plusieurs des co-héritiers à un seul ou plusieurs d'entre eux.

47. Avant d'aborder l'étude des différentes hypothèses auxquelles peut donner lieu la cession de droits successifs au profit de co-héritiers, il nous faut, avant tout, mettre en relief l'idée suivante : suivant la jurisprudence que nous avons approuvée, le partage en nature et la licitation qui n'entraînent pas la cessation totale de l'indivision sont déclaratifs de propriété. Si nous pouvons étendre cette jurisprudence à la cession de droits successifs, nous pourrons conclure, dès lors, que l'intervention de tous les co-propriétaires est nécessaire pour qu'il y ait partage, et que, lorsque cet élément se rencontrera dans un acte faisant cesser l'indivision même partiellement, il y aura partage (2).

En partant de ce principe il nous sera facile d'envi-

(1) V. Licitation partage où nous avons traité cette matière.

(2) Le Sellyer, 3, 1799. — D., 96.1.31. Dissertation de M. Planiol. — Baudry et Wahl, 3, 4351. — V. *Pandectes*, rép. v. Partage.

sager toutes les hypothèses auxquelles peut donner lieu la cession de droits indivis déclarative et d'en faire l'application aux hypothèques consenties pendant l'indivision par un ou plusieurs co-propriétaires sur les parts cédées.

Cette jurisprudence doit être étendue à la cession de droits successifs. En effet, nos anciens auteurs (1), tels que Pothier, reconnaissaient que la cession de droits indivis déclarative exigeait les mêmes conditions que le partage.

Avant le Code les arrêts admettaient que tout acte passé entre co-propriétaires, ayant pour but de faire cesser l'indivision et même tout premier acte intervenu entre eux était un partage (2).

Depuis le Code, les arrêts estiment que la cession de droits successifs est une opération assimilable au partage quand les conditions de tout partage s'y rencontrent. Du reste, pendant cette première période, la cessation totale d'indivision n'était pas exigée pour qu'il y ait partage. C'était ainsi qu'on interprétait le texte de l'art. 883 qui a été presque copié dans Pothier (3).

Seulement, plus tard, la Cour de Cassation vint décider pour la première fois, précisément à propos de la cession de droits successifs, que la cessation totale d'indivision était nécessaire (4). On en a conclu,

1) Pothier. *Fiefs*, 457. — Fonmaur-Fortin. *Coutume de Paris*, article 80.

(2) Sirey, chron. Bordeaux, 25 pluviose, an X. — La Jurisprudence et l'article 883, n° 24. *Livre du Centenaire.*

(3) Baudry et Wahl, 3.4851.

(4) Cass., 4 février 1822. S. chron.

dès lors, à tort selon nous, qu'il fallait, au point de vue de l'effet déclaratif, exiger davantage de la cession de droits indivis que de tout autre partage.

Du reste, cette interprétation fut étendue à tout acte de partage quel qu'il fût, alors que, dans l'arrêt indiqué, la Cour s'était fondée sur des raisons d'espèce (1).

Dans la période d'incertitude et d'hésitation qui commence avec les arrêts de Bourges du 16 janvier 1878 (2) et de Bordeaux du 24 décembre 1889 (3), il semble que l'on ait voulu faire, sans juste motif, une distinction entre la cession et les autres cas de partage. Ainsi au sens de M. l'avocat général Feuilloley (4), tandis que la cessation absolue d'indivision ne serait plus exigée pour le partage, elle continuerait à être nécessaire pour la cession de droits successifs. M. l'avocat général estime que la Cour de Cassation a toujours admis l'effet déclaratif dans le cas où tous les intéressés sont intervenus sans qu'il y ait cessation totale d'indivision, sauf en matière de cession de biens indivis.

Rien ne s'oppose à l'assimilation entière de la cession de droits successifs au partage et à la licitation. Nous croyons que dans toute opération, fixant l'attribution des biens indivis entre co-héritiers, une seule

(1) Cass., 16 mai 1832. S., 32.1.602. — Cass., 20 décembre 1840. S., 41.1.204. — Pau, 24 janvier 1844. S., 44.1.116. — Bourges, 26 janvier 1844. S., 45.2.426. — Toulouse, 16 mai 1846. S., 46.2.297. — Montpellier, 9 juin 1853. S., 53.2.406. — *Livre du Centenaire*, p. 470, note 5.

(2) D., 79.2.85.

(3) D., 90.2.182.

(4) Cass., 23 mars 1903. D., 1903.1.326 ; après Cass., 4 mars 1891. S., 1894.1.411.

condition reste à relever : l'intervention des parties. L'acte est un partage si toutes les parties y concourent.

48. Conformément à la thèse que nous avons développée et soutenue, nous pourrons passer en revue et distinguer les hypothèses où la cession de droits successifs est déclarative. Il nous sera facile de discerner les cas où les hypothèques établies sur biens indivis sont maintenues de ceux où elles sont devenues caduques.

Il faut retenir, tout d'abord, que la jurisprudence s'attarde dans la distinction ancienne et qui n'a pas sa raison d'être. Suivant elle, la cession de droits indivis ne peut valoir partage qu'autant qu'elle fait cesser totalement l'indivision. Dans chaque cas particulier nous mentionnerons la jurisprudence.

La cession faite à un co-héritier de toutes les parts de ses co-héritiers est déclarative de propriété, seules les hypothèques consenties par lui seront validées et celles consenties par ses co-héritiers pendant l'indivision tomberont (1).

De même la cession par un co-héritier de sa part au profit de ses co-héritiers vaut partage, car, dans ces deux cas, il y a eu intervention de tous les communistes. La jurisprudence est en sens contraire dans le deuxième cas parce que les cessionnaires demeurent encore dans l'indivision (2).

Ainsi encore, la cession par certains co-héritiers à tous les co-héritiers doit produire un effet déclaratif.

(1) *Rev. not.*, art. 6543.
(2) Cass., 7 août 1855. S., 56.1.349. — Fuzier-Herman, art. 883, n° 171.

La jurisprudence est en sens contraire. Même résultat à notre sens et même opposition de la jurisprudence en cas de cession par tous à quelques-uns. La cession de droits successifs dans un immeuble héréditaire par un ou plusieurs à certains co-propriétaires n'est pas un partage à l'égard de tout le monde (1).

Nous pourrions passer en revue tous les cas très variés qui peuvent se présenter. Il suffit de rappeler notre principe suivant lequel l'intervention de tous les intéressés serait l'élément caractéristique du partage. Au contraire pour la jurisprudence, il faudrait toujours exiger, pour que la cession de droits successifs fût déclarative de propriété, la cessation totale d'indivision.

On peut enfin supposer le cas mixte d'une cession faite à un co-héritier et à un étranger et ici encore, on pourrait sous-distinguer, comme nous l'avons fait dans les paragraphes précédents. Faut-il faire prévaloir la qualité de co-héritier ou d'étranger cessionnaire pour ranger cette cession d'un autre caractère dans l'une des deux catégories ? La jurisprudence décide que cette cession n'est pas déclarative. La solution est identique à celle que l'on rencontre en cas de licitation au profit d'un co-héritier et d'un tiers (2).

En l'espèce la conclusion de la Jurisprudence nous paraît préférable, car, autrement, si dans le doute l'art. 883 était toujours appliqué, il perdrait son caractère d'exception.

(1) Aubry et Rau, 6, § 625. — Laurent, X, 426. — Demolombe, 17.287. — Labbé. S., 80.2.145. — Alger, 1877. S., 80.2.145. — Lyon, 29 mai 1890.

(2) Cassation, 3 décembre 1890. S., 91.1.417 et note.

§ V. Actes qui produisent exceptionnellement effet déclaratif

La transaction, 49. — Le compromis, la dation en paiement, la délivrance de legs, 50.

49. Il est encore certains actes qui produisent l'effet déclaratif. Il y a donc lieu de s'en préoccuper et de considérer, une fois de plus, les effets qu'ils produisent sur les hypothèques de biens indivis quand un ou plusieurs co-propriétaires ont grevé leur part. Nous les examinerons dans ce paragraphe.

Voyons, en premier lieu, la transaction, c'est-à-dire la convention par laquelle les parties terminent une contestation déjà née ou préviennent une contestation à naître (1). Cet acte peut clore la période d'indivision quand, en présence de difficultés, plusieurs co-propriétaires s'accordent pour abandonner à l'un d'entre eux leur part en nature dans les biens indivis moyennant une somme d'argent. Faut-il lui accorder les caractères du partage ?

Tout acte qui fait cesser l'indivision entre communistes est, nous l'avons vu, un partage (2). Par conséquent, la transaction amenant ce résultat est un partage. L'art. 888 du Code Civil vient encore confirmer cette conclusion. Ce texte concerne les actes qui, ayant pour objet de faire cesser l'indivision, équivalent à partage et il cite notamment la transaction ; il indique que cette convention peut quelquefois être assimilée

(1) Art. 2044 du Code Civil.
(2) Orléans, 30 novembre 1895. D., 98.2.339.

au partage, et qu'elle peut comme lui, dans ce cas, être rescindée pour lésion de plus du quart.

Il semblerait, cependant, qu'aucune raison ne nous permît de faire cette assimilation, car l'attribution des biens devrait résulter de la vocation héréditaire et non d'un acte intervenu à la suite de difficultés d'allotissement. L'acte clôt bien la période d'indivision, mais l'objet poursuivi par les indivisaires n'est pas toujours le partage, aussi certains auteurs ne veulent pas reconnaître à la transaction l'effet déclaratif (1).

Puisque cette convention a abouti au lotissement qui a amené la fin de l'indivision, nous devons nous ranger à l'opinion de la jurisprudence et de la doctrine ; nous devons admettre qu'elle est un partage. En conséquence l'attributaire devra supporter les seules hypothèques qu'il a établies ; celles émanant d'autres co-propriétaires se trouveront anéanties.

L'art. 888 du Code Civil nous présente une rédaction qui pourrait soulever des difficultés d'interprétation. Il nous énumère, d'une part, les différents actes qui peuvent donner lieu à l'action en rescision pour lésion et il ne reconnaît, d'autre part, le caractère du partage qu'à certaines transactions. Art. 888. « L'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre co-héritiers, encore qu'il fut qualifié de vente, d'échange et de transaction ou de toute autre manière. »

« Mais, après le partage ou l'acte qui en tient lieu, l'action en rescision n'est plus admissible contre la transaction faite sur les difficultés réelles que présentait

(1) Demante et Colmet de Santerre, t. III, 232.

le premier acte, même quand il n'y aurait pas eu à ce sujet de procès commencé. »

La transaction faisant partage serait toujours rescindable pour lésion si elle a pour objet des difficultés fictives.

A cette conclusion, nous pourrons apporter des objections. La transaction sur les difficultés relatives à l'exécution du partage n'est pas le partage proprement dit puisqu'elle intervient après le partage et, dès lors, elle ne pourrait être rescindée pour lésion. Mais si c'est à des difficultés supposées qu'a trait la transaction et si on a voulu par là remettre en question la dévolution des biens, on fait alors, en réalité, un nouveau partage ; en conséquence, la transaction ne saurait être un acte définitif.

Du second alinéa de l'art. 888, on peut déduire que la transaction après partage est assimilée au partage quand elle est née de difficultés fictives. Les créanciers hypothécaires devront s'inquiéter de cette convention, car le sort des hypothèques se trouvera de nouveau mis en jeu après la transaction.

Si la transaction intervient avant le partage quel effet produit-elle ? Si c'est sur des difficultés supposées que les parties ont transigé, elles ont tout simplement opté pour la transaction comme procédé de partage. Mais, dans le cas où il se présente des difficultés réelles, quel en est le résultat ? La transaction intervenue conduit au partage, mais en est absolument indépendante (1). Les auteurs tendent, cependant, à accorder

(1) Demante et Colmet de Santerre, 3.233. — Laurent, t. X, 485. — Baudry et Wahl, 3.4558. — Demolombe, t. XVII, 489. — Aubry Rau, 6, § 626.

à la transaction l'effet déclaratif ; mais ils ne l'admettent que lorsque cette convention est intervenue au sujet de l'allotissement et non à propos de la vocation héréditaire ni de la capacité des parties.

La jurisprudence, au contraire, se montre plus sévère : la transaction intervenue, avant la cessation de l'indivision, ne produirait l'effet déclaratif qu'autant qu'elle n'était pas nécessaire (1).

Selon nous, que les raisons qui la déterminent soient réelles ou fictives, la transaction est déclarative dès qu'il y a cessation d'indivision.

Que dire de la transaction intervenue en même temps que le partage. Doit-on lui donner effet déclaratif, comme ne formant qu'un seul tout, ou bien, doit-on considérer la plus importante des deux dispositions, soit la transaction, soit le partage ? (2) Dans le doute comment devrait-on caractériser l'acte intervenu ? La jurisprudence dans cette hypothèse considère comme un partage la transaction, même lorsque apparemment elle l'emporterait sur le partage (3).

Dès lors les hypothèques sur parts indivises subissent les conséquences que ces différents actes entraînent. Si la transaction est déclarative, l'attributaire de biens n'aura à supporter que ses hypothèques personnelles et non celles consenties par les autres communistes (4).

(1) Dalloz. Rép. Successions, 2258, 3°. — *Pandectes*, Répertoire Successions, 1116.

(2) V. Demante, *loc. cit.*

(3) Cass., 3 décembre 1878. D., 79.1.419. — V. Dalloz annoté, art. 883. — Fuzier-Heman. V. Partage Succession. — Baudry et Wahl. Bibliographie et 3, 4562.

(4) Nimes, 25 février 1819. Dalloz. Rép. Successions, 2085, 4.

Si la transaction n'est pas déclarative, le sort des hypothèques est suspendu. La transaction se rapporte, dans ce cas, à une question autre que celle du lotissement. Les hypothèques produiront ou non leur effet lorsqu'interviendra un acte équivalent à partage. Si le partage se fait par une licitation au profit d'un co-partageant, cet acte validera les hypothèques consenties par lui sur les biens indivis.

Donc, en ce qui concerne les hypothèques de biens indivis, la transaction déclarative les maintiendra ou les anéantira. Si, au contraire, la transaction intervient à propos d'une question qui ne touche d'aucune façon au partage et que celle-ci conserve ainsi son caractère propre (art. 2044), il faudra attendre le partage.

50. A la transaction se rattache le compromis.

Le compromis est une convention par laquelle les parties, au lieu de porter un litige devant un tribunal, s'en remettent à la décision de simples particuliers appelés arbitres.

Le compromis peut présenter avec le partage la même analogie que la transaction. Il aura donc les mêmes conséquences sur les hypothèques de parts indivises. Il emporte effet déclaratif quand il a été employé comme opération de partage et que les difficultés sont fictives ; ou bien les difficultés sont réelles, mais elles existent à propos d'allotissement. Si le compromis est qualifié de sentence arbitrale, il est un partage quand les conditions du partage sont réalisées (1).

(1) V. Dalloz, 1868. Partage, 2.309.

Il y a encore des actes que l'on peut dans certains cas assimiler à un partage. Ces actes, quand ils ont pour résultat de faire cesser une indivision, bénéficient des effets du partage et on peut, dès lors, en tirer les conséquences relatives aux hypothèques de parts indivises.

Tel est le cas de la dation en paiement. Un co-héritier remet à son co-héritier ce qui lui revient dans une succession parce qu'il est tenu envers lui d'une obligation, dont il se libère au moyen des biens qu'il trouve dans la succession. Les auteurs admettent dans ce cas que cette dation en paiement est déclarative et la jurisprudence, elle-même, depuis longtemps abonde dans ce sens (1). Les hypothèques constituées par le cédant sont réduites à néant.

La dation en paiement, comme procédé de partage, est le plus souvent mise en usage à la suite d'une indivision née d'une communauté dissoute. L'un des époux peut être créancier de l'autre ou des ayants-cause de l'autre ; il y a à établir une certaine compensation entre les dettes et les créances. La jurisprudence a, dans cette hypothèse, largement reconnu l'effet déclaratif du partage. En ce sens, il y a un jugement du Tribunal de la Seine du 25 juillet 1890 (2). Il décide que, dans le cas où une femme même en renonçant à la communauté, a, par son contrat de mariage la faculté de reprendre l'établissement industriel exploité par son mari, à charge d'en payer la juste valeur fixée par inventaire, cet acte constitue une opération à titre

(1) Cass., 10 juin 1845. S., 45.1.808.
(2) P., 91.2.56.

onéreux qui fait cesser l'indivision et que l'on doit rapprocher du partage. En conséquence l'hypothèque judiciaire née du chef de l'un des héritiers du mari se trouvera anéantie.

De même l'acquisition faite par un conjoint, en vertu de son contrat de mariage, d'un bien de communauté à la suite de la dissolution de la communauté est soumise à l'effet déclaratif. Un arrêt de la Cour de Cassation du 28 décembre 1886 est dans le même sens (1).

Ainsi encore vaudra partage la délivrance consentie par l'époux, légataire universel de son conjoint au profit d'un légataire particulier d'un immeuble de communauté, car cet acte fait cesser toute indivision entre ce légataire particulier et le conjoint survivant (2).

Les créanciers hypothécaires dans ces différentes hypothèses auront donc encore à redouter les effets des actes qu'exceptionnellement on assimile au partage.

Il est vrai qu'un arrêt plus récent semble apporter, dans cette question, une certaine hésitation. La Cour de Poitiers, dans son arrêt du 9 mars 1893, décidait, en effet, que l'acte par lequel l'un des indivisaires faisait dation de tous ses droits à un co-partageant en paiement d'une créance préexistante ne valait pas partage (3). Il faut ajouter que cette espèce présentait de grandes difficultés qui ont pu influencer la Cour

(1) S., 87.1.213.
(2) V. P., 91.2.56, note. S., 87.1.213, note.
(3) D., 95.2.121.

dans sa décision et lui ont fait admettre une solution différente de celle qui semblait établie par la jurisprudence antérieure.

Section deuxième

Moyens employés par la pratique notariale pour éviter les inconvénients de l'art. 883, relativement à ces hypothèques.

Hypothèses qui peuvent se présenter, partage avec soulte et en nature première formule, 51, 52. — Licitation, 53.
Hypothèse particulière, 54. — Deuxième formule, 55. — Opinions de MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl, 56. — Examen de la Jurisprudence, 57.

51. Bien qu'en droit, le communiste puisse, pendant la durée de l'indivision, conférer une hypothèque sur les parts et portions indivises lui appartenant dans les immeubles et même sur la totalité pour le cas où ils lui adviendraient par partage, licitation ou autrement, cette hypothèque ne constitue pas une garantie sur laquelle on puisse réellement compter, car son efficacité est subordonnée, comme nous l'avons vu, à l'effet du partage.

S'il est permis de ne pas suivre l'exemple du Crédit Foncier qui refuse de prêter à un ou plusieurs co-propriétaires de biens indivis (1), il y a lieu de prendre de nombreuses précautions pour que les créanciers

(1) V. Amiaud. *Traité formulaire*. Inscription hypothécaire, n° 65.

hypothécaires auxquels un co-propriétaire a consenti des droits réels ne soient pas lésés.

Indiquons en résumé les différentes hypothèses qui peuvent se présenter : hypothèses sur lesquelles nous nous sommes longuement étendus dans la section précédente et voyons ensuite les moyens employés par la pratique notariale pour obvier à ces inconvénients.

Considérons le cas de partage tout d'abord.

Il peut arriver que le partage se fasse avec soulte : le co-partageant qui n'aurait droit qu'à une partie des biens héréditaires peut affecter hypothécairement la portion qui doit lui revenir. Il peut encore, en vertu de son droit éventuel à la totalité des immeubles qui pourront lui échoir par le partage et qui en fait, nous le supposons, lui sont attribués plus tard, affecter hypothécairement tous les biens de la succession. En vertu du principe énoncé dans l'art. 883 du Code Civil, il en a toujours été propriétaire ; dans ce cas, les hypothèques constituées par lui sur la totalité des biens seront validées et les droits qu'il aurait pu consentir durant l'indivision seront maintenus.

Mais comme il a obtenu plus que sa part, les biens qu'il a ainsi reçus en trop sont grevés du privilège de co-partageant que les co-héritiers non allotis conserveront en prenant inscription dans les soixante jours à dater du partage, conformément à l'article 2109 du Code Civil.

Le privilège, naturellement, passera avant l'hypothèque. Cette dernière continuera à subsister en sous-ordre sur les immeubles grevés. Quand le privilège de co-partageant sera éteint par suite du paiement de

la créance due aux autres successibles, l'hypothèque prise sur la totalité des biens de la succession, viendra désormais en bon rang et grévera les immeubles recueillis par le co-partageant alloti. Cette hypothèse ne présente pas de difficultés et la pratique notariale n'a pas eu à s'en préoccuper.

52. Mais il y a des modes de partage qui sont de nature à léser les droits des créanciers, ainsi par exemple : l'immeuble, sur lequel le co-partageant a consenti une hypothèque, ne lui est pas attribué ou bien encore le partage ne contient pour lui aucune attribution immobilière. Ce co-partageant, en vertu de l'art. 883 du Code Civil, n'a jamais eu de droits sur l'immeuble et l'hypothèque consentie ne produit aucun effet.

Pour obvier à cette éventualité, dans le cas où tous les co-propriétaires ne veulent pas consentir l'hypothèque conjointement, la pratique a imaginé plusieurs précautions qu'il est sage de prendre, bien que, dans certains cas, elles ne puissent garantir le créancier contre tout péril (1).

Nous mentionnerons ces précautions et nous citerons à l'appui le texte de notre première formule hypothécaire qui s'y rapporte directement.

Nous prendrons un exemple très simple ; nous supposerons qu'un créancier (Tertius) se trouve en présence d'un débiteur (Primus), lequel est co-propriétaire avec (Secundus) son frère, d'un immeuble unique qui

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, 3, 4370 et suiv. — Amiaud. *Traité formulaire*. Inscription hypothécaire, n° 65. — V. Defrenois. *Traité formulaire*. Inscription hypothécaire.

est indivis entre eux. Nous négligerons, dans la formule que nous présenterons, le préambule qui renferme les énonciations contenues dans le texte de toutes les obligations. Nous négligerons également la désignation et l'origine de propriété des biens donnés en garantie.

Faisons remarquer, toutefois, que l'acte indique d'une façon spéciale la nature indivise des biens et contient, outre l'affectation hypothécaire de la part du débiteur, l'établissement d'une hypothèque grevant éventuellement la totalité de l'immeuble, à titre de garantie supplémentaire, pour le cas où le co-propriétaire tenu de la dette serait acquéreur du tout.

Voici la partie de notre formule qui a rapport aux dernières observations :

« A la garantie du remboursement de ladite somme » de..... et du paiement de tous intérêts et » accessoires, Primus affecte et hypothèque spéciale- » ment, au profit de Tertius qui accepte, 1° la moitié » indivise appartenant à Primus dans l'immeuble » ci-après désigné dont l'autre moitié indivise appar- » tient à Secundus, son frère négociant, demeurant » à..... ; 2° et même tout ou partie du surplus, » dans le cas ou l'emprunteur en deviendrait propriétaire par la suite, à quelque titre que ce soit. »

Dans l'hypothèse qui nous intéresse, on fait d'abord prendre au débiteur l'engagement de ne procéder à aucun partage, sans y appeler le créancier. Cette convention a pour but d'empêcher tout accord frauduleux entre le débiteur et ses co-partageants, en vue de frustrer le prêteur. On conçoit aisément qu'un

indivisaire malhonnête, débiteur d'un tiers auquel il a donné en garantie une partie de ses droits héréditaires, pourrait s'arranger de façon à ce que ses co-partageants obtiennent dans leur lot ces mêmes droits, tandis que les biens non grevés par lui entreraient seuls dans son lot. L'engagement pris par le débiteur, pour être efficace, doit être signifié à tous les co-propriétaires (1).

Voyons si notre formule notariée remplit cette première condition.

« Pour assurer l'effet de cette hypothèque, Primus » s'interdit le droit de procéder à aucun partage (ou » licitation) dudit immeuble sans y appeler Tertius. »

Ce premier moyen est insuffisant ; une seconde mesure de précaution doit être prise pour que, dans l'espèce qui nous occupe, le créancier hypothécaire ne soit pas lésé. Il y a lieu, en outre, de faire consentir par le débiteur, comme garantie, un transport ferme de la soulte qui, par hypothèse, sera remise au co-partageant non alloti d'une portion de l'immeuble. Ce transport est également signifié à tous les co-propriétaires.

Nous ajouterons à la première partie de la formule que nous avons citée cette autre qui lui fait suite :

» .....et dès à présent Primus cède et transporte » à Tertius, qui accepte, toutes les sommes qui pour- » ront lui revenir par l'effet du partage (ou de la lici- » tation), à titre de soulte ou autrement ; Tertius en

(1) Paris, 20 décembre 1878. *Rev. Notariat*, art. 5809. — Alger, 23 janvier 1893. S., 93.2.284. — Comp. Le Pelletier. Rapport sous Cassation, req. 4 février 1889. S., 90.1.21. D., 89.1.313.

» vertu des présentes les percevra en ses lieu et place » et hors sa présence, jusqu'à concurrence de sa » créance contre Primus. A l'effet de quoi Tertius est » subrogé dans tous les droits et actions, privilège et » hypothèque de Primus par suite du partage (ou de » la licitation) ; le tout par préférence et priorité à » Primus. Pour signifier ce transport, tout pouvoir » est donné au porteur d'un extrait des présentes. »

En prenant ces précautions, le créancier aura grande chance d'être payé. Malgré l'effet déclaratif du partage, malgré l'attribution de l'immeuble grevé à Secundus, Tertius, dont l'hypothèque est devenue sans effet, conservera son droit sur la soulte revenant à son débiteur et dès lors, sa garantie subsistera.

On a bien contesté, il est vrai, la valeur d'une pareille cession et l'effet de cette signification ; mais la jurisprudence, dans des arrêts nombreux, en a reconnu la validité (1).

On peut arriver à préserver d'une autre façon le créancier et éviter les conséquences produites par l'effet déclaratif du partage.

Quand les co-héritiers sont éloignés, on a recours au premier moyen que nous venons de signaler. Quand ils sont tous présents, les significations sont inutiles : on arrive au même résultat en employant une nouvelle méthode très simple. Elle consiste à faire comparaître le débiteur et ses co-propriétaires dans l'acte de constitution d'hypothèque. On fait prendre l'engage-

(1) Paris, 16 avril 1821, 14 mars 1865 et 20 décembre 1876. — Orléans, 1er mars 1873, art. 20.941 *Journal du Notariat*. — Angers, 8 mars 1876. — Cassation, 26 mai 1886. S., 1886.1.256, et art. 23.626 *Journal du Notariat*.

ment par tous les communistes de ne procéder à aucun partage ; de plus le débiteur consent tout transport de soulte au profit du prêteur et l'on fait accepter ce transport par tous les co-propriétaires présents. Dès lors, l'engagement et la cession-transport n'ont plus besoin de leur être signifiés. Dans le cas qui nous occupe, la formule sera la suivante :

« Aux présentes est intervenu :

» Secundus ci-dessus nommé demeurant à.....
» Lequel, après avoir pris communication de ce qui
» précède, par la lecture que lui en a donnée Me .....
» a déclaré se tenir pour bien et dûment signifiés et
» acceptés, tant l'interdiction par Primus, son frère,
» de procéder à aucun partage (ni aucune licitation)
» de l'immeuble hypothéqué sans y appeler le prêteur
» (Tertius), que le transport fait à ce dernier des
» soultes de partage (et prix de licitation) auxquels
» Primus aurait droit. »

Malgré toutes ces précautions, le créancier ne saurait avoir une sécurité absolue, car l'utilité du transport dépendra en définitive de la liquidation et du règlement de compte à faire entre le débiteur et ses co-intéressés. L'hypothèse que nous avons envisagée plus haut, c'est-à-dire le conflit entre les créanciers hypothécaires et les co-héritiers créanciers d'un rapport en moins prenant peut se présenter (1). Les créanciers ayant obtenu une sûreté réelle, se trouveront lésés puisque, dans ce cas, il est admis que l'art. 883 s'appliquant d'une façon absolue, les co-partageants passe-

(1) V. arrêt du 5 décembre 1907, rendu toutes chambres réunies par la Cour de Cassation. S., 1908.1.5. D., 1908.1.113, déjà cité.

ront avant les créanciers auxquels le débiteur aura consenti une hypothèque.

En poussant les choses au pire, on peut trouver une situation beaucoup plus complexe. Il peut arriver, en effet, que la signification de la cession ait été précédée de la signification de transports antérieurs qui auraient été souscrits au profit d'autres personnes ; éventualité contre laquelle il est impossible de se prémunir.

On voit que ces premiers moyens, imaginés par la pratique en cas de partage avec soulte ou non, ne laissent pas que de présenter de grands aléas. Pour arriver au résultat souhaitable pour le créancier, il faut compter, d'une part, sur la bonne foi du débiteur et, d'autre part, sur l'habileté et la sagacité du notaire qui, avant l'emprunt sur hypothèque, devra se rendre compte de la situation des héritiers entre eux, consultera l'inventaire de la succession et enfin fera déclarer dans son acte par les co-héritiers intervenants qu'ils n'ont reçu aucune signification antérieure de transport.

53. Passons maintenant au cas de licitation de l'immeuble. C'est surtout dans cette hypothèse que les droits du créancier hypothécaire sont exposés à la plus grande incertitude. Trois hypothèses peuvent se présenter : 1° La licitation a lieu au profit d'un étranger ; 2° L'un des co-partageants, autre que le débiteur, se porte adjudicataire ; 3° L'adjudication est prononcée au profit du co-partageant débiteur qui a consenti l'hypothèque.

a) Tout d'abord l'adjudication est prononcée en faveur d'un tiers : elle produit les effets d'une vente

et le droit du créancier hypothécaire est reporté sur le prix, mais la remise de ce prix est subordonnée, comme nous l'avons dit plus haut, à la liquidation qui suivra la vente : au partage. Si cette opération n'attribue aucune part dans les prix au co-héritier qui a consenti l'hypothèque, cette garantie ne produit aucun effet, car chaque co-héritier ne peut être considéré comme ayant une part virile sur le prix de la licitation. Le prix constitue une créance tombant dans l'actif à partager et soumis aux règles ordinaires du partage. Par conséquent, si, par suite de rapports en moins prenant effectués par le co-partageant ayant conféré l'hypothèque, le prix est attribué en totalité aux autres co-partageants, le créancier hypothécaire n'a plus aucun droit à exercer ; c'est la conséquence d'un arrêt de la Cour Suprême que nous avons analysé plus haut.

Nous voyons que de ce chef, par le fait de cette jurisprudence nouvelle, les créanciers se trouvent vraiment dans une situation critique.

b) En second lieu, quand la licitation est prononcée en faveur de l'un des co-partageants autre que celui ayant conféré l'hypothèque, la situation du créancier se trouve-t-elle améliorée ? Dans cette hypothèse, la licitation produit l'effet du partage ; elle anéantit rétroactivement en vertu de l'art. 883 les droits de propriété des autres co-licitants et, notamment, de celui qui a constitué l'hypothèque, ce qui a pour conséquence de la faire disparaître. Le créancier hypothécaire se trouve donc entièrement dépouillé de la garantie qui lui a été donnée. Ce dernier, pour

éviter les effets de cette éventualité, peut recourir aux moyens que nous avons indiqués ci-dessus ; nous pouvons les appliquer dans les cas de licitation au profit d'un étranger ou d'un co-héritier. Il suffira de faire prendre au débiteur l'engagement de ne pas procéder à la licitation sans y appeler le créancier, et cela en présence des co-propriétaires. Si les co-propriétaires ne sont pas présents à l'acte on le leur signifiera. En outre, il faudra faire consentir par le débiteur au profit du créancier, un transport ferme de la portion qui lui reviendra dans le prix de licitation et ce transport sera également signifié aux co-propriétaires avant la licitation.

c) Enfin si l'immeuble est attribué au co-licitant qui a consenti l'hypothèque, nous nous trouvons en présence d'une situation analogue à celle que nous avons envisagée en tête de cette section : l'hypothèque des créanciers est primée par le privilège du co-partageant pour la somme qui formerait soulte. Ce privilège, régulièrement inscrit, remonte au jour où a commencé l'indivision et, par conséquent, bénéficie d'un rang préférable à toute hypothèque, de quelque nature qu'elle soit, constituée par le co-licitant adjudicataire.

La formule que nous citions pour le partage et qui s'applique également aux cas de licitation, prévoit aussi l'hypothèse de la cession de droits successifs et d'une manière générale les situations à la suite desquelles le débiteur obtiendra, en échange de sa part, une somme d'argent sur laquelle le créancier pourra se payer.

Nous voyons, après avoir passé en revue les différentes hypothèses que l'on peut concevoir, les difficultés sans nombre que les formulaires de pratique doivent prévoir et que les notaires sont obligés de connaître, à peine d'encourir une grande responsabilité.

Les moyens préconisés atteignent leur but ; mais encore, pour qu'ils soient efficaces, faut-il que le débiteur ne doive rien à ses co-héritiers par l'effet d'un rapport, qu'il soit honnête et ne conserve pas de cessions transport de soulte primées par d'autres que des créanciers plus actifs auraient obtenues antérieurement. Il faut que, d'autre part, le notaire chargé de dresser l'acte d'obligation hypothécaire se renseigne auprès de tous les co-héritiers et qu'il se rende compte de la situation active et passive.

54. N'y a-t-il pas un autre moyen préférable à ceux que nous avons énumérés et qui pourra garantir parfaitement les droits des créanciers ayant hypothèque sur la part indivise de l'un des co-propriétaires ?

Il est un deuxième remède que les notaires emploient très souvent et qui a conservé longtemps l'approbation de la jurisprudence.

Etudions ce nouveau moyen et considérons les sûretés qu'il confère au créancier ; nous verrons ensuite comment et pour quelles raisons la jurisprudence lui accordait ses faveurs.

Sans doute, le créancier qui a consenti un prêt à un propriétaire peut exiger comme condition de ce prêt l'affectation hypothécaire dans le même acte de la part indivise de chaque co-propriétaire et même de

la totalité de l'immeuble qui, éventuellement, sera attribué à l'un d'eux par le partage.

Il peut exiger, en outre, le cautionnement réciproque des indivisaires pour éviter toute éventualité qui puisse restreindre la sûreté concédée. Cette garantie d'un autre genre est subordonnée à leur plein et entier consentement. Le créancier, dans ce cas, se trouve à l'abri de tout péril de quelque façon que se termine le partage ; que l'un des co-partageants autre que le débiteur principal soit alloti de la totalité de l'immeuble, ou qu'à la suite de la licitation l'immeuble soit adjugé à un co-licitant autre que celui qui est tenu de la dette proprement dite. Dans ces différentes hypothèses, le prêteur n'a rien à craindre ; les débiteurs accessoires ayant affecté éventuellement la totalité de l'immeuble et s'étant obligés à rembourser le montant de la créance si le débiteur principal s'y refuse ou se trouve dans l'impossibilité de la payer.

Le créancier nanti de cette hypothèque sera satisfait. Il en est de même dans le cas où le co-héritier est débiteur d'un rapport à l'égard des autres successibles ; après le prélèvement que ces derniers opèreront sur la part de la soulte ou du prix de licitation revenant au débiteur, la garantie stipulée viendra encore consolider le droit du créancier hypothécaire et le mettre à l'abri de toute éventualité fâcheuse. Les co-héritiers du débiteur font, dans ce cas, l'office de caution réelle.

Les notaires peuvent, évidemment, avoir recours à ce procédé, mais, en fait, ils ne s'en servent que très rarement et dans des hypothèses tout à fait spéciales. Les formulaires et les revues de pratique notariale

conseillent un mode de garantie plus simple et prévoient à ce point de vue, une formule que nous citerons plus loin.

55. Au lieu de supposer que le créancier d'un ou plusieurs co-propriétaires exige, pour la garantie d'un prêt qu'il leur a consenti, une hypothèque grevant éventuellement la totalité de l'immeuble et en outre le cautionnement réciproque de chaque propriétaire nous pouvons prévoir une autre convention qui donnera au créancier toute sûreté et qui permettra d'éviter les inconvénients qu'entraîne, pour lui, l'effet déclaratif du partage. Elle consiste en ceci : le prêteur exige de tous les co-propriétaires, une hypothèque grevant les droits qu'ils ont sur l'immeuble et il réclame, en outre, leur concours solidaire à l'acte d'obligation.

Voici, d'ailleurs, la deuxième formule qui prévoit l'hypothèse que nous venons de relater :

« A la garantie du remboursement de la » somme prêtée et du paiement de tous » intérêts, frais de mise à exécution s'il y a » lieu et autres accessoires, les comparants » affectent et hypothèquent conjointement » et sous la garantie (solidaire) ci-dessus » exprimée, en faveur du créancier qui accepte » les immeubles dont la désignation suit :

Désignation

. . . . . .

Etablissement de la propriété.

« Les immeubles qui viennent d'être dési-

» gnés appartiennent indivisément et pour » la totalité à MM.... comparants, comme » seuls héritiers de ..... » (1).

De quelque façon que se dénoue l'indivision, le créancier sera remboursé et il conservera ses sûretés.

Si nous nous trouvons en présence d'une adjudication valant vente, le créancier hypothécaire sera à l'abri de tout péril. Le privilège, qui appartient aux co-licitants pour le paiement du prix est, en effet, le privilège du vendeur, et le vendeur n'est pas préféré aux créanciers hypothécaires antérieurs à la vente (2).

Si nous prévoyons le cas de partage, le principe de la rétroactivité posé dans l'art. 883 du Code Civil interviendra sans doute, mais n'aura pas de conséquences fâcheuses pour le prêteur : conséquences auxquelles nous avons consacré de nombreux développements dans notre première section.

Supposons que les co-débiteurs veuillent mettre fin à l'indivision : considérons les différentes situations dans lesquelles nous pouvons nous trouver lorsque l'art. 883 est applicable et demandons-nous si cette garantie met le créancier à l'abri de toute perte.

N'y a-t-il pas à craindre de collusion vis-à-vis du créancier, si l'un des co-héritiers qui a affecté sa part indivise et s'est engagé solidairement à l'exécution de son obligation, n'est pas alloti des biens grevés ni adjudicataire sur licitation, alors que l'attributaire

(1) Suit l'origine de la propriété avec mention des actes dans lesquels les droits des propriétaires sont établis.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Traité du Nantissement des privilèges et hypothèques*, t. I, nº 823.

de la totalité des immeubles est un co-partageant qui a hypothéqué également sa part indivise et a concouru à l'acte d'obligation solidaire ? Le co-partageant alloti, étant directement saisi des biens mis dans son lot, les hypothèques, par lui consenties pendant l'indivision sur les immeubles qui lui ont été attribués plus tard en partage, seront maintenues ; tandis qu'au contraire, celles consenties sur ces mêmes biens pendant l'indivision par son co-débiteur tomberont par application du principe de la rétroactivité du partage.

Le créancier ne perdra pas, cependant, la sûreté sur laquelle il comptait : l'hypothèque, que les co-débiteurs ont conférée pendant l'indivision disparaît, il est vrai, mais elle est remplacée par le privilège de co-partageant que le prêteur exercera à leur lieu et place. Il leur sera subrogé et la garantie nouvelle viendra sauvegarder pleinement ses droits.

Ne peut-il pas arriver aussi que le débiteur non alloti usant du crédit que lui donne son privilège de co-partageant le cède à un tiers à qui il a emprunté une somme d'argent, de telle sorte que celui-ci se rembourse du montant du prêt, sur la somme à provenir de la soulte de partage ou de partie du prix de licitation ? Que deviendra dans ce cas, la clause de la solidarité énoncée dans l'obligation hypothécaire ? Le privilège du co-partageant primera-t-il le droit du créancier hypothécaire, ou, au contraire, à l'égard de ce co-débiteur le co-partageant y aura-t-il renoncé par avance en contractant l'obligation solidaire et en concourant à l'établissement de l'hypothèque ?.....

La formule d'obligation que nous avons citée rend

inutile une telle opération. Les débiteurs se sont obligés solidairement à l'exécution de l'acte et ils ne peuvent rien faire qui puisse anéantir la garantie concédée, ni même la restreindre. Le créancier premier en date, qui a obtenu le concours de tous les co-propriétaires exercera seul le privilège de co-partageant sur le retour de lots de ses débiteurs.

Du reste, on admettait et on a toujours admis jusqu'à une époque très récente (1) que par le fait de l'obligation contractée ensemble et solidairement, les co-héritiers non allotis par le partage, ou non-licitants avaient renoncé par avance à leur privilège. On considérait que c'était là un des cas exceptionnels où l'effet déclaratif du partage devait être, à bon droit, écarté. S'il fallait s'en tenir à la lettre du texte, les co-propriétaires, cédant leurs droits successifs ou non attributaires des immeubles, devraient être considérés comme n'en ayant jamais eu la propriété et, par conséquent, l'hypothèque primitivement consentie serait anéantie à leur égard. Il résulterait donc de là que ces co-propriétaires, après avoir concouru à la constitution de l'hypothèque, pourraient se créer par leur fait sur le même immeuble un titre de préférence à l'encontre du créancier hypothécaire. Une telle conséquence est évidemment inadmissible, disait-on, et on ajoutait : s'il est vrai que le droit de propriété des anciens indivisaires s'est évanoui, il n'en est pas moins représenté par le privilège de co-partageant et, dès lors, ce privilège reste frappé de l'affectation hypothécaire primi-

(1) Jusqu'à l'arrêt de Cassation du 12 janvier 1909. S., 1909.1.361. D., 1910.1.33.

tivement consentie ou pour parler plus exactement ne peut être exercé au préjudice de l'hypothèque (1).

56. MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl (2) déclaraient également que si l'hypothèque a été consentie par tous les co-héritiers, le privilège de co-partageant ne passe qu'après l'hypothèque ; les co-partageants ne peuvent, en effet, méconnaître les droits qu'ils ont eux-mêmes consentis. Tous les auteurs, du reste, l'admettent et ils font découler de l'art. 1203 l'obligation de garantie.

A l'appui de cette doctrine, on peut soutenir, en effet, que les co-partageants qui ont solidairement consenti l'hypothèque sont tenus à garantie en vertu de la règle : « Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio. » Dès lors, le créancier qui s'est fait consentir une hypothèque conjointement et solidairement par tous les co-héritiers, pour garantir un prêt effectué au profit d'un débiteur, peut et doit compter que son hypothèque subsistera quel que soit le résultat du partage et de la licitation et que ni l'un ni l'autre de ses débiteurs ne pourront rien faire au préjudice de ses droits.

Ne peut-on pas considérer aussi les co-héritiers comme ayant par avance renoncé au profit du créancier à leur privilège éventuel de co-partageant ? Rien ne s'oppose, juridiquement, à une renonciation de ce

(1) V. note, sous Sirey, 63.2.83. — Demolombe, XVI, 306. — Aubry et Rau, IV, p. 28. — Huc, III, 316. — Baudry-Lacantinerie et Barde, II, 1204.

(2) III, nº 4381.

genre : car, aux termes de l'art. 1130 du Code Civil, les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation et la Cour de Cassation, par son arrêt du 26 mai 1886 (1), a reconnu la validité de la cession de créance éventuelle du prix de licitation qui est consentie, au cas d'hypothèque constituée sur un immeuble indivis ; ce qui aboutit à une cession par avance du privilège de co-partageant. On peut aussi renoncer par avance à ce privilège au profit des créanciers, car c'est l'équivalent d'une cession. Cette renonciation résulte implicitement de la constitution solidaire de l'hypothèque.

Il était donc admis en doctrine d'une façon générale et en pratique d'une façon unanime, que le concours solidaire de co-propriétaires à la constitution d'une hypothèque était un moyen de garantir le créancier et un moyen très efficace, puisque, en cas de partage avec soulte et de licitation au profit de l'un des co-licitants, les créanciers privilégiés étaient censés avoir renoncé à leur privilège au profit des créanciers hypothécaires.

Les praticiens pouvaient avoir une confiance inébranlable dans ce deuxième remède que le Crédit Foncier, si sévère dans l'examen des sûretés concédées, n'hésitait pas à employer. Il consentait en effet un prêt sur biens indivis quand il pouvait obtenir le concours de tous les communistes à l'acte d'obligation hypothécaire (2).

(1) Arrêt déjà cité.

(2) Amiaud. *Traité formulaire*, v. affectation hypothécaire au profit du Crédit Foncier, n° 13. Examen des titres.

57. Les prêteurs se trouvaient donc entièrement à l'abri et les notaires préconisaient cette garantie dont ils se servaient généralement dans leurs obligations hypothécaires.

Leur responsabilité se trouvait à couvert, puisque la jurisprudence leur était favorable. Nous trouvons en ce sens deux arrêts très importants.

Le premier, du 4 janvier 1849, émane de la Cour d'Orléans (1). Le procès soumis à cette juridiction renfermait une hypothèse analogue à celle sur laquelle nous avons déjà raisonné. Il s'agissait du cas où l'immeuble indivis a été hypothéqué par tous les co-propriétaires pour sûreté d'une dette contractée solidairement. La Cour approuvait cette thèse conforme à l'équité et elle disait en propres termes que, « par son concours à l'acte d'obligation, constituant à la charge des deux débiteurs un engagement solidaire, le vendeur licitant s'était obligé à ne rien faire qui pût porter atteinte à l'efficacité de la garantie donnée et s'était virtuellement interdit en faveur de son créancier l'exercice ultérieur de tous droits pouvant restreindre ou neutraliser les effets de l'affectation hypothécaire constituée. »

La Cour de Limoges, sur appel, avait, elle aussi, le 22 novembre 1862, soutenu la même thèse et infirmé un jugement du Tribunal de Bourganeuf, qui avait jugé en sens contraire (2).

Il s'agissait, dans cette espèce, d'une cession amiable

(1) Arrêt cité par le *Journal des Notaires*, année 1910, art. 29702, p. 9.

(2) S., 63.2.83. D., 63.2.15.

au profit d'un co-partageant. Un immeuble indivis entre deux propriétaires a été hypothéqué pour la garantie d'une dette commune. L'un des co-propriétaires vient ensuite à céder ses droits à l'autre. La Cour admit que le privilège du co-partageant, qui lui appartient pour le prix de cession, ne peut être exercé au préjudice du créancier hypothécaire.

Les attendus de cet arrêt sont très significatifs :

« Attendu, que si par l'effet de la cession, laquelle équivaut à partage, X (Primus) est censé ne plus avoir d'hypothèque du chef de Y (Pierre) et tenir au contraire son droit hypothécaire sur la totalité des biens affectés du chef de Z (Paul), qui est réputé rétroactivement en avoir toujours été seul propriétaire, il n'en est pas moins vrai que par son concours à l'acte (d'obligation solidaire) qui constituait, à la charge commune des deux promettants, l'engagement solidaire et l'hypothèque des biens indivis entre eux, Y (Pierre) s'est obligé à ne rien faire personnellement qui pût porter atteinte à l'efficacité de la garantie première ;

» Attendu, qu'en contractant cette obligation absolue, il (Pierre) s'est virtuellement interdit en faveur du créancier (Primus) l'exercice ultérieur de tous droits, soit actuels, soit éventuels, de nature à restreindre ou à neutraliser les effets de l'affectation hypothécaire ; que la constitution de l'hypothèque sur sa part indivise faite par lui, conjointement et solidairement avec son frère, n'aurait aucun sens et ne produirait aucun effet si, après la cession équivalant à partage, il devait être considéré comme n'ayant

contracte qu'un *simple engagement personnel* ; qu'il a, au contraire, spécialement et expressément affecté à l'exécution de son obligation son droit même de co-propriétaire, que ce droit *maintenant représenté par un privilège de co-partageant*, qui n'en est rétroactivement que la continuation, n'en demeure pas moins assujetti à l'affectation réelle à laquelle il a été soumis durant l'indivision. »

La pratique notariale avait donc paré aux difficultés que présentait l'affectation hypothécaire des biens indivis.

D'une part, lorsque un ou plusieurs co-propriétaires offraient en garantie leur part indivise, le bailleur de fonds exigeait de ces derniers l'engagement ferme de ne pas procéder au partage sans avertir le créancier : cet engagement était signifié à tous les co-propriétaires. En outre, il se faisait *céder par avance* la soulte du partage ou la partie du prix de licitation ; cette cession était signifiée également à tous les co-propriétaires avant l'adjudication de l'immeuble indivis. On arrivait au même résultat en faisant comparaître dans l'acte d'obligation hypothécaire tous les co-héritiers du ou des débiteurs et on faisait accepter par avance la cession de la soulte au profit du prêteur.

D'autre part, le concours de tous les co-propriétaires, exigé par le créancier, constituait une entière sécurité pour lui. De nombreux prêts *étaient* effectués dans ces conditions sans qu'il ait été inséré dans l'acte notarié de stipulations concernant la cession du prix de licitation ou de la soulte du partage, comme il était d'usage de le faire dans la première formule d'obligation hypothécaire.

La doctrine et la Jurisprudence admettaient ces deux procédés et il semblait que, dans l'un comme dans l'autre cas, le créancier qui avait stipulé de telles garanties se trouvait être à l'abri de toute éventualité, venant anéantir la sûreté sur laquelle il comptait.

DEUXIÈME PARTIE

HYPOTHÈQUES ÉTABLIES SUR BIENS INDIVIS PAR TOUS LES CO-PROPRIÉTAIRES

Section première

De l'hypothèque établie sur biens indivis par tous les co-propriétaires. Arrêt de la Cour de Cassation du 12 janvier 1909 (1).

Généralités sur les effets de cette hypothèque et sur l'arrêt de la Cour de Cassation du 12 janvier 1909, 58. — Espèce et attendus de l'arrêt, 59, 60. — Arguments invoqués par les demandeurs en Cassation, 61, 62. — Arguments opposés par les défendeurs et motifs de la Cour Suprême, 63, 64, 65. — Justification de la Jurisprudence nouvelle, 66. — Rigueur de l'arrêt démontrée par un exemple, 67.

Critique de la Jurisprudence par M. Wahl ; hypothèses qu'il présente, 68, 69. — Réfutation, 70.

Opinion de M. de Loynes sur la manière de rendre public le privilège, 71.

Conséquences de l'arrêt et remèdes proposés, 72, 73.

58. Nous avons envisagé, dans la première partie de notre travail, la situation faite au créancier hypothécaire qui a consenti un prêt à un ou plusieurs

(1) S., 1909.1.361, note de M. Wahl. — D., 1910.1.33, note de M. de Loynes.

co-propriétaires et qui a obtenu en retour une garantie sur leurs immeubles indivis. Il nous reste à étudier la situation dans laquelle se trouve le prêteur, quand tous les co-propriétaires, après avoir contracté un emprunt, ont affecté hypothécairement les biens qui leur appartiennent en commun.

Il semble dans ce cas que le créancier soit à l'abri de tout risque et qu'une personne, soucieuse d'éviter tout danger, puisse recourir sans arrière-pensée à une garantie de ce genre que le Crédit Foncier lui-même adopte, quand tous les co-propriétaires participent à la constitution d'hypothèque. Toute précaution supplémentaire paraît superflue devant des apparences de garantie aussi rassurantes.

Ces apparences sont, toutefois, trompeuses et, une fois de plus, l'art. 883 du Code Civil qui, en établissant la rétroactivité du partage, a créé des difficultés de tout ordre dont la Cour de Cassation elle-même, par sa jurisprudence variable et changeante, n'a pas facilité la solution, cet article 883, dis-je, donne ouverture à une question nouvelle et des plus délicates, dont la solution, tranchée par la Cour Suprême, vient rendre illusoires certaines mesures de garantie qui ont fait l'objet d'une partie de notre précédente étude.

La Cour de Cassation, par son arrêt du 12 janvier 1909 vient, en effet, de détruire l'efficacité d'une sûreté, que la pratique notariale, forte de l'exemple du Crédit Foncier, conseillait non seulement quand tous les communistes voulaient obtenir une somme d'argent d'un bailleur de fonds, mais aussi quand un

ou plusieurs co-propriétaires désiraient obtenir pareil résultat.

Examinons rapidement les deux hypothèses, en présence desquelles nous pouvons nous trouver quand l'indivision cesse : les cas de vente et de partage de l'immeuble hypothéqué par tous les indivisaires.

Un premier point est certain : au cas où l'indivision se dénoue par une adjudication prononcée au profit d'un étranger, les droits du créancier hypothécaire vont être pleinement sauvegardés. Le privilège qui appartient aux co-licitants pour le paiement du prix d'adjudication, est, en effet, le privilège du vendeur et le vendeur n'est pas préféré aux créanciers hypothécaires antérieurs à la vente (1).

Mais au cas où l'immeuble échoit à l'un des co-propriétaires, les droits du créancier sont-ils encore à l'abri de toute atteinte? Telle est précisément la question qui a été soulevée récemment devant la Cour Suprême. L'effet déclaratif qui intervient dans tous les cas de partage et qui anéantit ou maintient les hypothèques établies pendant l'indivision par les constituants suivant le résultat du lotissement, produira les mêmes conséquences quand tous les indivisaires auront hypothéqué pendant l'indivision, pour sûreté d'une dette commune, les parts qu'ils ont dans un immeuble. La part que l'attributaire de cet immeuble aura grevée d'hypothèque pendant l'indivision sera seule garante du prêt consenti ; quant à celle des autres co-héritiers dans l'immeuble, elles ne

(1) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Traité du nantissement des privileges et hypothèques. Loc. cit.*

leur ont jamais appartenu, ils n'en ont jamais été saisis ; par conséquent, ils n'ont pas pu en disposer. Ils seront simplement créanciers des soultes et du prix de licitation qui leur adviendront et qu'ils n'ont pas cédés à celui à qui ils ont emprunté des sommes d'argent. Le privilège, qu'accordent les art. 2103 et 2109 du Code Civil, conservera la créance provenant du partage ; ils pourront y subroger d'autres créanciers au détriment du prêteur et obtenir de cette façon de nouveaux emprunts.

Tel est le résultat rigoureux auquel conduit l'arrêt de la Cour de Cassation et la conséquence malheureuse qu'entraînera désormais pour le créancier ce que les auteurs et les praticiens considéraient comme une garantie très efficace.

Nous examinerons dans cette première section l'espèce soumise à la Cour Suprême et les attendus sur lesquels se base l'arrêt.

Ayant ainsi une juste idée de l'hypothèse, il nous sera facile de passer à l'étude du pourvoi en cassation des demandeurs et des motifs que lui ont opposés les défendeurs et la Cour Suprême.

Nous consacrerons aussi quelques développements à la dissertation qu'a faite M. Wahl dans sa note insérée au Sirey (1), où se trouvent renfermées les critiques exposées généralement par les adversaires de la nouvelle jurisprudence.

Nous déduirons enfin les conséquences qu'implique l'arrêt et nous nous demanderons comment il est possible de remédier à l'état de choses qu'il crée.

(1) S., 1909.1.361, précité.

59. L'arrêt de la Cour Suprême du 12 janvier 1909 rejette un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Riom, rendu le 29 janvier 1903, dans l'espèce suivante :

Par acte du 9 avril 1896, Madame veuve T... et son fils se reconnaissent débiteurs solidaires envers J..., et hypothèquent les immeubles dont ils étaient seuls co-propriétaires par indivis ; inscription fut prise le 24 août 1896. Suivant acte du 16 mars 1898, le filsT ... consentit au profit de sa mère, la veuve T..., à titre de licitation, une cession de tous ses droits successifs dans la communauté ayant existée entre ses père et mère et dans la succession de son père et spécialement de tous ses droits indivis dans les immeubles. Postérieurement à cette licitation, le fils T... cédait à M... et consorts, par préférence à lui-même et à tous futurs cessionnaires, son privilège de co-partageant inscrit le 8 juin 1898. Plus tard, les immeubles furent revendus sur saisie et un ordre ayant été ouvert sur le prix, M... et consorts furent, par application de l'art. 2095 du Code Civil, colloqués au rang du privilège de co-partageant avant J....

Pour rendre plus claire la question qui va faire l'objet de cette section, nous pourrions prendre un exemple : Pierre et Paul, seuls héritiers de leur père, ont emprunté solidairement de Primus une somme de 10.000 francs et, pour garantir cette somme, ils ont avec la même soldarité affecté et hypothéqué l'immeuble A, dépendant de la succession de leur père. Puis Pierre cède à titre de licitation à Paul tous ses droits dans l'immeuble A, moyennant le prix de 10.000 francs

et, pour sûreté de ce prix, Pierre prend inscription du privilège de co-partageant contre Paul. Il cède ensuite sa créance à Secundus et le subroge en même temps dans l'effet de son hypothèque. L'immeuble A est ensuite vendu à un tiers pour le prix de 10.000 francs et un ordre est ouvert sur le prix.

La Cour de Riom, par l'arrêt sus-indiqué, confirmait, par adoption de motifs, un jugement du Tribunal de Cusset du 21 août 1901, qui avait admis la prétention de M... et consorts, Secundus dans notre exemple, par des motifs qui ont beaucoup d'analogie avec ceux que reproduit la Cour de Cassation dans son arrêt du 12 janvier 1909.

Le motif qu'invoquaient surtout les auteurs du pourvoi était celui-ci : Par le fait du concours solidaire apporté par deux co-propriétaires dans un acte d'obligation hypothécaire, le débiteur non attributaire de l'immeuble, ne pouvait rien faire qui pût mettre obstacle à la garantie à laquelle il était astreint et en vertu de laquelle il était censé avoir renoncé à son privilège de co-partageant.

60. La Cour de Cassation devait reprendre cet argument et le rétorquer dans des attendus significatifs que nous citons textuellement :

« Attendu d'une part, qu'aux termes de l'art. 883 du Code Civil, « chaque co-héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession » ; que d'autre part, aux termes de l'art. 2125,

« ceux qui n'ont sur un immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise à la même condition ou à la même rescision » ;

» Attendu que de la combinaison de ces deux textes, il résulte que l'hypothèque constituée durant l'indivision par un des co-héritiers est non avenue, lorsque l'immeuble n'est pas mis dans le lot du constituant ou échoit sur licitation, à un autre co-héritier ; que le créancier alors reste simplement chirographaire et qu'il est forcé de subir l'exercice du privilège de co-partageant cédé par le débiteur à une autre personne et inscrit conformément à l'art. 2109 du Code Civil :

» Attendu que l'application de ces principes ne comporte aucun exception dans le cas où l'immeuble indivis a été hypothéqué par les deux co-propriétaires pour sûreté d'une dette contractée solidairement ;

» Attendu, en effet, que si la solidarité de l'obligation peut, en vertu de l'art. 1203, entraîner contre celui des co-débiteurs qui est poursuivi par le créancier, condamnation au paiement de la dette entière, elle ne saurait, *à défaut de stipulation expresse régulièrement portée à la connaissance des tiers*, avoir pour conséquence légale de faire considérer le co-débiteur non attributaire de l'immeuble, comme ayant renoncé nécessairement à exercer par cessionnaire, son privilège de co-partageant à l'encontre du créancier qui se trouve avoir seulement du chef de l'autre co-débiteur hypothèque sur cet immeuble ; attendu qu'il est constant, en fait, que la veuve T... et son fils, en se

reconnaissants débiteurs solidaires envers les consorts J..., par acte du 9 avril 1896, et envers le sieur B..., par acte du 21 octobre suivant, ont hypothéqué des immeubles dont ils étaient co-propriétaires par indivis depuis le 23 février 1883 : que des inscriptions ont été prises en conséquence les 24 août et 16 novembre 1896 ; que plus tard, par acte du 16 mai 1898, le fils T... a consenti en faveur de la veuve T... sa mère, « à titre de licitation » et pour mettre fin à l'indivision entre eux, la cession de tous les droits qui lui appartenaient dans la communauté des époux T... et dans la succession de son père, spécialement de tous ses droits indivis sur les immeubles susdits et qu'il a, par préférence à lui-même et à tous futurs cessionnaires, cédé à M... et consorts son privilège de co-partageant, lequel a été inscrit le 8 juin 1898 ;

» Attendu que, sur poursuite en expropriation forcée, l'adjudication des immeubles ayant eu lieu le 21 mars 1900 et un ordre ayant été ouvert pour la distribution du prix, M... et consorts ont été, par application de l'art. 2095, colloqués au rang de ce privilège avant les demandeurs en cassation ; attendu qu'en décidant que ceux-ci ne pouvaient, pour contester cette collocation, invoquer une prétendue renonciation qui, d'après eux, dériverait à leur profit de la constitution d'hypothèque mise à néant, du chef de T... fils, par l'effet de la licitation du 16 mai 1898, l'arrêt attaqué, loin de violer les textes de loi visés par le pourvoi, en a fait une exacte application. »

Cet arrêt introduit une jurisprudence nouvelle,

absolument contraire à celle qui était admise auparavant. La sûreté sur laquelle le créancier comptait manque donc son but désormais ; la formule que la pratique notariale avait adoptée dans cet hypothèse devient inutile.

61. En présence de l'importance de la décision de la Cour, donnons en résumé les arguments invoqués à l'appui du pourvoi et qui sont énumérés par M. le conseiller Cottignies dans son rapport. Nous présenterons ensuite ceux de la défense et nous terminerons par l'étude et la discussion des motifs de l'arrêt.

La question qui se pose avant tout, dans l'espèce que vise cette solution est celle-ci : le privilège du co-partageant né au profit d'une personne peut-il être cédé à un créancier et primer ainsi une hypothèque antérieure en date, consentie par ce co-partageant solidairement avec un autre co-partageant. La Cour le juge ainsi en faveur du créancier subrogé, mais cette décision ne saurait être maintenue.

Sans doute, quand une licitation s'opère entre co-héritiers au profit de l'un d'eux, elle a pour effet d'anéantir rétroactivement le droit de propriété de l'autre co-licitant et les hypothèques nées de son chef sur le bien licité. D'autre part, il est exact aussi que le privilège de co-partageant prime en principe les hypothèques consenties durant l'indivision.

Mais il peut se présenter un cas tout à fait différent et qui est justement celui sur lequel la Cour de Riom a dû se prononcer : lorsque pendant l'indivision, les deux co-propriétaires d'un bien indivis ont conjoin-

tement et solidairement hypothéqué cet immeuble, pour sûreté d'une dette contractée entre eux et qu'ensuite l'un d'eux a cédé ses droits divis à l'autre. Dans cette hypothèse, disent les demandeurs en cassation, il est impossible d'admettre que le cédant puisse opposer son privilège de co-partageant soit par lui-même, soit par un tiers cessionnaire, auquel il l'aurait transmis par subrogation au préjudice du créancier hypothécaire.

La Cour de Limoges par un arrêt du 22 novembre 1862 a tranché la question dans ce sens et sa décision a été du reste approuvée par la doctrine la plus récente et la plus autorisée (1). MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl estiment, en effet, que les co-partageants ne peuvent méconnaître les droits qu'ils ont eux-mêmes consentis. Et il est facile, disent les partisans de cette solution, de la justifier par une application soit de la règle : « Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio », soit de celle connexe à la précédente : « Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet ».

Les exposants citent à l'appui de leurs dires un arrêt du 11 novembre 1891 (2), qui fait l'application de ces deux règles et a été rendu à l'occasion d'une vente d'immeubles faite avec obligation par le vendeur de rapporter à l'acheteur la radiation des inscriptions hypothécaires. Non seulement le vendeur n'avait pas exécuté son engagement mais l'immeuble avait été

(1) V. Dalloz. Supplément *Privilèges et hypothèques*. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, nº 3333.

(2) S., 93.1.121.

saisi et vendu aux enchères, à la requête de ses créanciers hypothécaires. La Chambre civile a décidé que le privilège du vendeur ne pouvait être exercé ni par le vendeur lui-même contre l'acheteur ou son ayant-cause à raison des règles de la garantie, ni par le cessionnaire du vendeur qui ne pouvait avoir plus de droits que le cédant. Les mêmes règles s'opposent à ce que, dans l'espèce qui nous occupe, les cessionnaires du privilège de co-partageant fassent valoir leur droit contre des créanciers hypothécaires.

62. On objecterait en vain un arrêt en sens contraire de la Chambre des requêtes du 16 avril 1888 (1), qui a été rendu dans une hypothèse qu'il est impossible de rapprocher de la nôtre. Il s'agissait, en effet, dans ce cas, d'une hypothèque qui avait été constituée pendant l'indivision par celui des co-héritiers qui, plus tard, lors de la licitation, ne s'était pas porté adjudicataire. On se demandait si le droit de préférence survivait au droit de suite. Le rapport de M. le conseiller Tallandier et la note critique au Dalloz montrent que la discussion n'a porté que sur ce point et que les règles de la garantie n'étaient pas en jeu. Dans l'espèce soumise à la Cour de Limoges, au contraire, où l'hypothèque a été consentie durant l'indivision par deux co-propriétaires, le résultat est différent. La sûreté réelle subsiste avec ses deux attributs : le droit de préférence et le droit de suite.

L'arrêt soumis à la Chambre des requêtes en 1888,

(1) S., 88.1.216. D., 88.1.249.

dans une hypothèse autre que celle jugée par la Cour Suprême, est bien conforme aux règles du droit. Le créancier est en faute de n'avoir pas exigé le concours solidaire des deux co-propriétaires. En acceptant la garantie hypothécaire de l'un d'entre eux seulement, le prêteur avait été imprudent. Il devait prévoir qu'elle serait réduite à néant par la mise de l'immeuble entier dans le lot de celui qui n'était pas tenu de la dette.

Il en est différemment du créancier qui s'est fait consentir une hypothèque conjointement et solidairement par les deux co-héritiers. Ce créancier doit compter sur la sûreté concédée. A la suite du partage, ni l'un ni l'autre des débiteurs ne pourront rien faire au préjudice des droits qu'ils lui ont conférés. Il ne doit avoir aucune crainte du chef de l'emprunteur non alloti ; ce dernier ne pourra pas, notamment, user du privilège dont la loi le gratifie, ni en profiter pour le céder à un nouveau créancier.

Du reste, ajoute le rapport, on peut encore considérer le co-héritier comme ayant par avance renoncé, au profit de son créancier, à son privilège éventuel de co-partageant.

Les exposants concluent : La décision de la Cour de Riom rendue contre les consorts J... et, contrairement à l'arrêt de la Cour de Limoges qui vise une espèce identique et contrairement aussi au principe de la garantie, a manifestement encouru la censure de la Cour de Cassation.

63. Nous verrons les motifs exposés par la défense

et ceux invoqués par la Cour Suprême ; il nous sera facile de nous ranger à l'avis de cette dernière. L'arrêt de la Cour de Cassation est seul juridique, bien qu'il soit d'une rigueur extrême pour le créancier.

Les motifs de la défense réfutent les uns après les autres les arguments présentés par le pourvoi ; nous les examinerons dans leur ordre. Ils gravitent autour d'une idée unique que renferme le premier alinéa de l'art. 2125 du Code Civil : « Ceux qui n'ont sur un immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas ou sujet à rescision ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions et à la même rescision. »

Donc l'hypothèque étant mise à néant par l'effet du partage ou des actes assimilés tels qu'une cession à un co-partageant, les créanciers n'ont pas à se plaindre, ils ont dû prévoir ce qui les attendait et ils sont privés du droit de suite comme du droit de préférence. La partie du prix de licitation attribuée au co-partageant est répartie entre ses divers créanciers, sans aucune préférence pour ceux qui ont obtenu une sûreté réelle.

Cet exposé préliminaire de la défense est la reproduction incontestable des principes. Et, si nous consultons l'exemple que nous donnions pour rendre plus claire l'hypothèse soumise à la juridiction de la Cour de Riom, nous nous rendons bien compte que l'immeuble A ne peut être grevé au profit de Primus du chef du co-propriétaire non alloti, Pierre. Celui-là, en effet, était créancier hypothécaire sous condition, il ne l'est plus : il est un simple créancier chirogra-

phaire. N'ayant pas obtenu de son débiteur une cession même éventuelle des droits privilégiés, il est obligé de respecter la cession faite du privilège à Secundus.

D'autre part, comment le créancier hypothécaire du co-licitant non attributaire peut-il se prétendre subrogé implicitement en vertu de la constitution d'hypothèque, dans le privilège de co-partageant qui appartient au constituant et dans la créance qu'il garantit ? Il est impossible de soutenir pareille chose et de prétendre que l'hypothèque anéantie tant au point de vue du droit de suite que du droit de préférence, se trouverait, ipso facto, transformée en une délégation garantie par un privilège. Elle produirait alors un effet exceptionnel, sans analogie dans le régime hypothécaire.

La solution doit être différente lorsque l'hypothèque a été constituée tant par l'attributaire que par le non attributaire ?

Il suffit pour répondre à cette question de considérer les éléments de notre hypothèse : ces éléments ont quelque analogie avec ceux de l'hypothèse précédente, avec cette différence cependant, qu'ici l'attributaire a également conféré un droit hypothécaire. Le non attributaire n'a constitué l'hypothèque qu'en son nom, il ne s'est pas porté garant de l'efficacité de l'hypothèque en tant que constituée par l'autre propriétaire. Il n'a pas subrogé éventuellement le créancier hypothécaire dans sa créance et son privilège de co-partageant, il ne lui a consenti aucune cession d'antériorité. Tels sont les trois points de vue auxquels

se place à juste titre la défense et qu'elle expose avec une grande précision.

64. L'hypothèque disparaît, en ce qui concerne le non attributaire ; de son chef aucune hypothèque ne frappe l'immeuble. D'autre part, il ne s'est pas porté caution réelle de l'hypothèque constituée par le futur attributaire et il n'a pas non plus cédé sa créance et son privilège de co-partageant comme il aurait pu le faire. Sa condition se trouve donc être absolument la même que si l'hypothèque avait été consentie par lui seul sans l'être par l'autre co-propriétaire, ou bien si elle avait été constituée par ce dernier seul sans l'être par le non attributaire. En d'autres termes, cette partie de la réponse au pourvoi contient l'idée suivante : elle admet que Primus a, du chef de Paul, une hypothèque générale sur l'immeuble A pour l'intégralité de sa créance, mais cela n'empêche pas que le privilège du co-partageant a pu exister, qu'il a pu être cédé à un tiers puisqu'il n'a pas été expressément cédé à Primus. Donc, Secundus, cessionnaire d'un privilège, doit passer avant Primus.

Les défendeurs n'acceptent pas non plus l'objection tirée de l'arrêt de la Cour de Limoges rendu dans une espèce semblable.

Cet arrêt n'est pas, en effet, la dernière expression de la jurisprudence. Les annotateurs, tout en reconnaissant, qu'en fait, il est conforme à l'équité, s'accordent à affirmer qu'il déroge en définitive au texte de l'article 883. C'est dans cet arrêt que le pourvoi en cassation a puisé l'idée qui lui sert de

base : le non attributaire tombant sous l'empire de la maxime « Quem de evictione... », ne peut rien faire qui soit de nature à restreindre les effets de l'affectation hypothécaire à laquelle il a pris part.

On comprendrait cette obligation dont parle l'arrêt de la Cour de Limoges s'il y avait eu cautionnement réel stipulé, et si chaque constituant, en ce qui le concerne, avait déclaré restreindre les effets légaux du partage, en renonçant, par exemple, à son privilège de co-partageant au profit du créancier pour le cas de licitation.

65. Quant à l'arrêt de la Chambre civile du 11 novembre 1891 invoqué par le pourvoi, il est manifeste qu'il ne peut servir d'argument.

Il s'agit, en l'espèce, d'un vendeur représenté par son cessionnaire qui a pris, envers l'acquéreur, l'obligation de rendre la propriété vendue libre des hypothèques dont elle est grevée et qui, faute d'y avoir satisfait, ne peut invoquer son privilège de vendeur pour réclamer la portion du prix que l'acquéreur n'a pas encore versée ; il est impossible d'y découvrir la moindre analogie avec l'affaire soumise à la Cour de Cassation.

Le pourvoi insiste sur le fait que le co-héritier a, par avance, renoncé à son privilège éventuel de co-partageant. De ce que l'hypothèque est constituée par les deux co-héritiers, il assimile leur situation, chacun relativement à l'autre, en ce qui concerne le privilège de co-partageant, à celle d'une femme qui en concourant à un acte d'aliénation passé par son mari,

subroge par là même l'acquéreur, à due concurrence, dans son hypothèque légale (1).

Mais le pourvoi oublie que le concours de la femme à un acte d'aliénation passé par son mari a sa raison d'être dans la restriction de son droit hypothécaire. Il n'y a donc rien que de rationnel à déduire de ce concours une subrogation ou renonciation, tandis que la renonciation au privilège de co-partageant que le pourvoi infère implicitement du concours solidaire des co-héritiers, ne pourrait apparaître qu'à la suite d'une convention spéciale insérée dans l'acte. Du reste, ajoutent avec raison les défendeurs, quand il s'agit de la femme, c'est la loi qui donne cette portée particulière à sa présence à l'acte ; tandis que, pour le co-partageant, sur quel texte de loi fonderait-on la renonciation des co-héritiers au privilège que la loi leur reconnaît ! On n'en pourrait citer aucun.

Il est certain qu'en matière hypothécaire, les droits n'existent à l'égard des tiers que dans la mesure où ils ont été à la fois créés par les actes constitutifs et portés par les inscriptions à leur connaissance. Donc pour que la renonciation que le pourvoi suppose consentie produise effet à l'égard des tiers, il aurait fallu qu'elle eût été stipulée et qu'elle eût été mentionnée dans l'inscription prise par le créancier au profit duquel elle aurait été faite. Si non, elle restait naturellement dans le patrimoine du co-héritier. Dès lors, il peut en disposer ; il en disposera au profit du créancier qui lui consentira un nouvel emprunt. Il le subrogera dans

(1) Article 9 de la loi du 23 mars 1855, modifié par la loi du 13 février 1889.

le privilège du co-partageant qui, a priori, aura été inscrit, et mention en sera faite en marge de l'inscription, de sorte qu'il conservera tout son effet à l'égard des tiers et sera opposable au créancier hypothécaire.

Les motifs qu'invoquent les défendeurs ont facilement raison, certes, de ceux que présentent les demandeurs. Ils répondent aux trois arguments que visent particulièrement ces derniers, savoir : l'arrêt de la Cour de Limoges ; la question de garantie à laquelle le co-partageant est tenu à la suite de la constitution solidaire de l'hypothèque ; enfin la subrogation éventuelle du créancier hypothécaire dans la créance et le privilège du co-partageant.

66. Pour justifier cette nouvelle jurisprudence on peut dire qu'elle est en relation étroite avec celle que nous avons exposée dans la première partie de notre travail. Si, en 1887, la Cour Suprême a modifié sa manière de voir en matière de partage, elle en a, par son arrêt du 5 décembre 1907, poussé un peu plus loin les conséquences et la rétroactivité de ses effets. Cet arrêt des Chambres réunies, qui a causé une véritable révolution dans le monde des affaires, puisqu'il consacrait la doctrine admise depuis longtemps par les Cours d'appel, doctrine que la Cour Suprême ne pouvait se décider à solutionner, cet arrêt, disons-nous, est le point de départ de l'évolution nouvelle de la jurisprudence.

En toutes circonstances, il semble que la Cour de Cassation veuille faire dépendre de l'avenir le sort de tous les actes, le sort de tous les biens quels qu'ils

soient, immeubles, prix résultant de la vente, créances comprises dans la masse successorale. Il semble qu'elle tienne avant tout à assurer la prédominance aux effets du partage.

La Cour veut aussi distinguer la matière des privilèges de celles des hypothèques ; elle n'admet pas que l'inscription hypothécaire consentie vaille renonciation au privilège qui peut appartenir au débiteur. Les privilèges ont leur origine et leur utilité distincte de celle des hypothèques.

L'égalité du partage exige, d'autre part, que l'on remette au co-partageant non attributaire la soulte ou le prix de licitation qui lui revient. Or, le privilège assure cette égalité, il met la soulte du partage, le prix de licitation à l'abri des atteintes des créanciers du co-partageant devenu attributaire ou adjudicataire. Le fait que le créancier de l'attributaire est également créancier du privilégié ne peut pas empêcher le co-partageant non adjudicataire, ni attributaire, de toucher la part qui lui revient.

En conférant une sûreté sur un bien indivis, pour le cas où il en resterait seul propriétaire, le co-partageant non alloti n'a pas renoncé à sa part dans la masse pour le cas où il serait censé n'avoir jamais été propriétaire. Les sûretés sont de droit strict ; tout dépend de la propriété de l'immeuble, le prêteur doit le savoir et il ne doit rien prétendre au delà. L'art. 2103 du Code ne saurait être écarté par lui, que s'il exhibe lui-même une cession antérieure à son profit du privilège du co-partageant non attributaire de l'immeuble.

Sans doute, pourrait-on dire, le co-licitant en

concourant à l'acte d'obligation hypothécaire n'a pas renoncé à exercer son privilège, mais l'arrêt de la Cour de Cassation, en se prononçant contre le créancier, n'en viole pas moins les règles relatives à l'obligation de garantie et méconnaît l'intention des parties contractantes.

M. Palmade (1), dans un article consacré à l'étude de l'arrêt et auquel nous empruntons ces développements, répond très clairement à ces deux objections.

Tout d'abord, le co-licitant non attributaire s'est engagé implicitement, en constituant l'hypothèque, à reconnaître au créancier tous les droits afférents à cette hypothèque ; il méconnaît cette obligation de garantie en faisant valoir ce privilège soit par lui-même, soit par cessionnaire.

Mais la Cour de Cassation a, semble-t-il, écarté par avance cette objection en rappelant que la constitution d'hypothèque, consentie par le co-licitant non attributaire, était rétroactivement anéantie. Comment alors cette constitution d'hypothèque aurait-elle pu faire naître une obligation de garantie ?

On serait peut-être tenté de l'expliquer en disant que, dans l'acte juridique, intervenu entre le co-licitant non attributaire et le créancier, il y avait deux choses distinctes, la constitution d'hypothèque d'une part et la garantie de l'autre. Et si l'acte était anéanti en tant que créateur de droit réel, il ne s'en suivait nullement que l'obligation de garantie ne dût pas lui survivre. Un acte juridique, frappé de nullité, peut être,

(1) *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, année 1911. Dissertation sur l'arrêt de Cassation du 12 janvier 1909.

en effet, une source d'obligations ; l'art. 1599 décide en ce sens que la vente de la chose d'autrui peut donner lieu à des dommages-intérêts. Pourquoi, dès lors, une obligation de garantie n'aurait-elle pas survécu, alors que la constitution d'hypothèque se trouvait éteinte ?

Nous répondrons, avec M. Palmade, qu'aux termes de l'art. 1599, l'acheteur n'a droit à des dommages-intérêts qu'autant qu'il a « ignoré que la chose fût à autrui » ; or, en notre hypothèse, le créancier savait très bien que le constituant n'était pas propriétaire exclusif ; il ne pouvait invoquer une obligation de garantie née à son profit.

La Cour de Cassation n'avait donc pas, suivant nous, violé les règles relatives à l'obligation de garantie. Mais, ne pouvait-on pas admettre qu'elle avait, cependant, méconnu l'intention des parties ? Le but évident du créancier n'était-il pas, en obtenant le concours de tous les indivisaires, d'échapper à l'application de l'art. 883, et d'être assuré que l'hypothèque subsisterait, quel que fût le co-partageant alloti ?

Le but poursuivi par le prêteur, remarquons-le bien, ne pouvait être atteint que s'il lui était possible d'invoquer une renonciation à privilège faite en sa faveur par le co-licitant non attributaire. Subrogé dans l'effet de ce privilège, le créancier hypothécaire n'aurait rien eu à redouter des cessionnaires postérieurs.

Mais le créancier hypothécaire pouvait-il à bon droit se prétendre investi du privilège, en l'absence de toute clause spéciale ? On l'a affirmé en invoquant la solution généralement admise dans une hypothèse voisine. La femme solidairement obligée avec son mari dans un

acte de constitution d'hypothèque est censée renoncer à son hypothèque légale au profit du créancier qui s'y trouve subrogé (1). Dès lors, par analogie, ne devait-on pas décider, en toute logique, que le co-partageant non alloti en concourant à l'obligation solidaire et à l'établissement de l'hypothèque par tous les indivisaires, avait tacitement renoncé à se prévaloir de son privilège éventuel de co-partageant. Mais la Cour répondait à cette objection que l'intervention de la femme, lors de la constitution d'hypothèque consentie par le mari sur ses propres ou sur un immeuble de la communauté, ne pouvait s'expliquer que par une renonciation de la femme à son hypothèque légale. Le mari pouvait, à lui seul, constituer l'hypothèque : si la femme est intervenue, c'est pour donner une garantie supplémentaire au créancier.

Et maintenant, si nous démontrons que la participation du co-licitant non alloti à l'acte d'obligation solidaire et à la constitution d'hypothèque, peut s'expliquer indépendamment de toute renonciation au privilège, la deuxième objection formulée contre l'arrêt tombera et on ne pourra pas dire, dans ce cas, que la jurisprudence nouvelle méconnaît l'intention des parties.

La solidarité stipulée permet d'exiger, du débiteur poursuivi, le paiement de la totalité de la dette et ainsi elle n'implique point une renonciation au privilège.

L'intervention du co-licitant non attributaire peut

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Traité du nantissement des privilèges et hypothèques*, t. II, n° 1062.

s'expliquer par la constitution d'hypothèque qu'il avait lui-même consentie dans la mesure de ses droits. Il peut n'avoir agi qu'en son nom personnel et sans aucune intention de participer à la sûreté consentie par son co-indivisaire. A l'issue du partage, le créancier voit précisément tomber la garantie consentie par ce co-licitant et subsister celle à laquelle il était demeuré étranger. Le créancier ne peut invoquer aucun acte de renonciation intervenu en sa faveur de la part du co-partageant non alloti.

Malgré les nombreuses objections qui ont été formulées contre la nouvelle jurisprudence, nous devons admettre que l'arrêt de la Cour de Cassation est pleinement fondé au point de vue juridique.

67. Nous reconnaissons que la solution est des plus rigoureuses pour le créancier et, les partisans de la décision de la Cour Suprême, tout en la considérant comme très logique, concèdent qu'on peut lui appliquer la maxime « Summum jus, summa injuria » (1) ; d'autant plus que cette solution doit être étendue non seulement, comme dans notre espèce, au cas où le privilège est exercé par un cessionnaire, mais encore aux rapports du créancier hypothécaire et du co-licitant non attributaire ou des ayants-cause de celui-ci. Le créancier ne peut exciper, en effet, à leur égard, d'une obligation de garantie contractée lors de l'obligation hypothécaire, puisque cette constitution d'hypothèque se trouve, d'après la Cour de Cassation, rétroactivement anéantie. Il ne peut exercer le privilège appar-

(1) Alp. Besnard. *Revue du Notariat*, année 1909, n° 13543.

tenant à son débiteur que par la voie de l'art. 1166 et, sur la somme ainsi obtenue, il ne peut invoquer aucun droit de préférence.

La rigueur de l'arrêt apparaîtra surtout, si nous envisageons les situations qui peuvent se présenter en pratique. Il nous sera facile de considérer ainsi les injustices qui peuvent résulter de cette jurisprudence.

Ne se peut-il pas, en effet, qu'un propriétaire contracte sur ses droits immobiliers indivis deux emprunts successifs, conférant au premier créancier une garantie hypothécaire avec le concours solidaire de tous les co-propriétaires pour obtenir un prix supérieur à la somme qui lui reviendra, accordant d'autre part à un second prêteur une délégation régulière avec subrogation du privilège sur le montant de la soulte pouvant lui être due ? Quelle sera la situation de ces deux créanciers ?

Le premier en date garanti par une inscription hypothécaire se verra primé par le second créancier subrogé dans le privilège du débiteur créancier de la soulte. Ce privilège ne semble-t-il pas une prime accordée à la mauvaise foi !

Cette mauvaise foi apparaîtra encore bien plus clairement si nous compliquons l'hypothèse précédente par un autre exemple.

Pierre et Paul, seuls héritiers de leur père, sont propriétaires par indivis des immeubles A et B ; ils ont emprunté solidairement de Primus une somme de 20.000 francs et ils ont, sous la même solidarité, affecté et hypothéqué à la garantie de cette somme les immeubles A et B ; puis Pierre cède à Paul, pour

10.000 francs ses droits indivis dans l'immeuble A, lesquels sont garantis par le privilège de co-partageant, tandis que Paul vend à Pierre pour 10.000 francs ses droits indivis dans l'immeuble B, droits également garantis par un privilège semblable. Enfin Pierre transporte à Secundus sa créance contre Paul en raison de la vente de l'immeuble A, et celui-ci a cédé à Tertius sa créance privilégiée contre Pierre par suite de la vente de l'immeuble B. Enfin, les immeubles A et B sont ensuite vendus séparément pour 10.000 francs chacun, Secundus et Tertius toucheront l'intégralité de leurs créances. Primus ne sera pas remboursé et comme résultat de la machination Pierre et Paul auront, contre toute équité, pris dans le patrimoine de Primus une somme de 20.000 francs (1).

Aussi l'arrêt soulève de nombreuses critiques.

68. Parmi les adversaires les plus acharnés qu'ait rencontrés la solution de la jurisprudence, M. Wahl est certainement celui dont la critique est la plus acerbe et dont l'argumentation semble sur certains points ébranler le plus les motifs échafaudés par la Cour Suprême.

Nous nous étendrons sur la dissertation présentée par l'éminent professeur sous l'arrêt de cassation, dans sa note au Sirey (2). Elle est, selon nous, de la plus haute importance. M. Wahl, en effet, s'y fait l'écho des différents reproches adressés à l'arrêt de la Cour Suprême.

(1) *Circulaire trimestrielle du Comité des Notaires des départements*, numéro du 17 mars 1909. Rapport de M. Cossart.

(2) S., 1909.1.362.

Pour nous faire toucher du doigt la difficulté, il nous offre deux exemples ; dans le premier le privilège est exercé par les co-partageants eux-mêmes créanciers du prix de licitation ; dans le second c'est un tiers cessionnaire du prix qui profite du privilège.

a) Examinant la première hypothèse, M. Wahl constate que c'est uniquement en vue d'échapper aux effets de l'art. 883 que les créanciers se font consentir une hypothèque sur les biens indivis par tous les co-propriétaires, c'est-à-dire pour s'assurer que, de quelque manière que se dénouera l'indivision, l'hypothèque subsistera. Or, dans le système admis par la Cour de Cassation, ce but ne peut être atteint, puisque le co-licitant qui a consenti une hypothèque solidairement avec ses co-héritiers en exerçant son privilège, passera avant le créancier hypothécaire. Cette éventualité enlève au créancier la sécurité qu'il recherche. M. Wahl admet qu'il y a quelque chose de choquant dans cette distinction qui permet à un co-propriétaire de se prévaloir de son privilège vis-à-vis d'un créancier auquel il a lui-même constitué une hypothèque. Quoi de plus injuste que cette solution qui fait dépendre de l'allotissement, effectué au gré du débiteur, l'anéantissement de la sûreté par lui promise au créancier.

Il compare avec amertume le privilège du co-partageant à celui du vendeur : ce dernier, lui, ne s'exerce pas au détriment des créanciers hypothécaires quand la licitation s'effectue au profit d'un étranger.

Sans doute, ajoute-t-il, le créancier qui n'a obtenu d'hypothèque que d'un co-propriétaire n'ignore pas le sort qui l'attend à la suite du partage ; mais, c'est

précisément pour éviter ce résultat et pour obtenir une sécurité absolue, qu'il a réclamé le concours de tous les co-propriétaires. « Ce concours, dans la pensée des parties, a pour but d'éviter que l'effet déclaratif du partage ne nuise aux créanciers hypothécaires. » Cette solution, de l'avis de tous, est seule d'accord avec l'équité et, selon M. Wahl, est seule exacte en droit, seule logique. L'opinion de la Cour Suprême lui paraît difficile à soutenir.

L'éminent professeur rapporte en fait bon nombre d'arguments que présentaient déjà les exposants dans leur pourvoi en cassation. Il affirme, lui aussi, qu'il y a par le fait du concours de tous les co-propriétaires à la rédaction de l'obligation hypothécaire, renonciation implicite du chef du non attributaire à son privilège vis-à-vis du créancier qui a obtenu la sûreté réelle. Le créancier muni d'un droit de préférence, ce qui est notre hypothèse, n'y renonce-t-il pas tacitement lorsqu'il concourt à un acte fait par le débiteur avec un tiers auquel le droit de préférence porterait préjudice [1]. Donc les créanciers privilégiés par leur présence à l'acte de constitution d'hypothèque, ont pu renoncer à leur droit de préférence.

Dans le cas où l'hypothèque est établie par l'un des co-héritiers qui est devenu le seul attributaire, le fait du concours des autres ne pourrait être interprété que comme emportant renonciation de leur part à leur droit de préférence. Comment peut-il en être autrement dans le cas où le créancier hypothécaire,

(1) Pont. *Traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée,* t. II, n° 1234. — Planiol, *loc. cit.* — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. II, nos 2261 et 2262.

non content d'exiger ce concours, a obtenu aussi une constitution d'hypothèque par les co-propriétaires non attributaires.

Peu importe qu'il y ait constitution solidaire par les différents propriétaires ; il ne s'agit pas ici d'une question de solidarité ; la solution doit être la même, que la dette soit commune ou qu'elle pèse exclusivement sur l'attributaire ou même qu'elle ne pèse sur aucun des co-propriétaires ; ils ont tous concouru à la constitution de l'hypothèque, et c'est ce concours qui emporte renonciation tacite.

Le fait de la renonciation tacite est-il nié par la Cour de Cassation ? M. Wahl semble en douter. La Cour paraît reconnaître qu'il y a renonciation, mais qu'elle ne produit pas d'effets à défaut de stipulation expresse régulièrement portée à la connaissance des tiers. Cela signifie qu'elle n'est pas opposable aux cessionnaires du privilège, sauf si elle est régulièrement portée à leur connaissance.

Si cette interprétation est exacte, ajoute l'annotateur, le co-propriétaire non attributaire, ne peut se prévaloir lui-même de son privilège vis-à-vis des créanciers hypothécaires.

Dans la première partie de sa critique, M. Wahl, en somme, s'en tient aux différents arguments présentés par les demandeurs en cassation et par les adversaires irréductibles de la nouvelle jurisprudence.

69 *b*). Dans la deuxième partie de sa dissertation, M. Wahl expose l'hypothèse sur laquelle la Cour avait à statuer. Il part toujours du principe

(faux selon nous), que le seul fait du concours des co-propriétaires à l'établissement hypothécaire emporte, de plano, renonciation au privilège de co-partageant ; nous n'insisterons pas davantage sur cette question dont nous avons longuement parlé ; nous remarquons, cependant, que certaines de ses observations sont absolument fondées.

L'arrêt, en propres termes, admet que la renonciation n'est pas opposable aux tiers, car elle n'a pas été régulièrement portée à leur connaissance. « Or, ceci bouleverse d'une manière complète les idées admises. Suivant l'art. 2180 du Code Civil, « les privilèges et hypothèques s'éteignent... par la renonciation du créancier à l'hypothèque ». Cette renonciation n'est soumise à aucune forme ; elle peut être sous seing privé (1), elle peut même être tacite. Le privilège n'existant plus, il ne peut être transmis à un cessionnaire ; la loi n'exige aucune publicité ».

Quelle serait, du reste, la formalité qui porterait à la connaissance des tiers la renonciation à ce privilège ? Ce n'est pas une transcription. La loi du 23 mars 1855 ne soumet à la transcription que certains actes, la renonciation à un privilège n'y figure pas. Ce n'est pas non plus une inscription, car le Code ne soumet à l'inscription que les privilèges et hypothèques eux-mêmes. Ce n'est pas enfin une mention en marge de l'inscription, car il faudrait un texte pour qu'elle fût exigée.

Seule la main-levée de l'inscription est soumise à

(1) V. Paris, 23 avril 1854. S., 54.2.336. — Planiol, *op. cit.* — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, 2261.1.

des formalités ; mais la main-levée est la renonciation à l'inscription existante et non à l'hypothèque que l'on peut faire revivre ou au privilège qui subsiste. On ne peut donc appliquer les formalités de la main-levée à la renonciation. Au surplus, vis-à-vis des tiers, la main-levée produit tous ses effets et l'inscription est réputée avoir disparu, même si la main-levée n'a pas été suivie d'une radiation de l'inscription. Un cessionnaire de l'hypothèque dont main-levée a été donnée, ne pourrait pas, même si la radiation n'avait pas eu lieu, se prévaloir de l'hypothèque au rang de l'inscription. C'est un point incontesté. Comme le dit un arrêt de la Cour d'Orléans du 29 novembre 1889 (1), la main-levée emporte extinction immédiate et irrévocable de l'inscription. Il fait ressortir, selon M. Wahl, les lacunes de la loi sur ce point.

On pourrait donc souhaiter une modification de la loi ; mais, dans l'état actuel de notre législation, la main-levée d'inscription peut être opposée au cessionnaire par ceux qui en bénéficient, sans aucune formalité de radiation. A plus forte raison en est-il ainsi de la renonciation même au droit hypothécaire et surtout de la radiation faite au profit de certaines personnes.

M. Wahl termine sa dissertation en tirant un dernier argument de l'arrêt de la Cour de Cassation du 11 novembre 1891, que nous avons analysé plus haut. Lorsque, par un motif quelconque, un vendeur ne peut invoquer son privilège, un cessionnaire du prix ne le peut pas davantage. De même si, en principe, le cessionnaire du privilège de co-partageant peut invo-

(1) S., 91.2.35.

quer son rang préférable à l'encontre des créanciers hypothécaires dont le gage a été anéanti par une licitation, il ne le peut pas dès lors que ce co-propriétaire avait renoncé à son privilège et alors même que cette renonciation n'avait pas été rendue publique.

La conclusion de M. Wahl est la suivante : Il est nécessaire que la Cour de Cassation modifie sa jurisprudence ; les conséquences en sont assez graves pour que l'on puisse espérer qu'après un nouvel examen de la question, la Cour abandonne ultérieurement sa doctrine actuelle.

70. Les critiques formulées contre l'arrêt de la Cour de Cassation par M. Wahl sont loin d'être toutes fondées et elles sont du reste de valeur inégale.

L'équité, tout d'abord, est-elle si fort blessée par l'application de l'art. 2125 ? Le créancier devrait, à vrai dire, se rappeler cet article au moment de la constitution d'hypothèque et il devrait se souvenir que c'était de l'art. 883 et de l'effet déclaratif du partage que dépendaient les droits de ses co-débiteurs sur l'immeuble.

M. Wahl dans sa dissertation prétend que le seul fait de participer à la constitution d'hypothèque vaut, pour chacun des co-propriétaires, renonciation tacite à leur privilège de co-partageant : or, il est difficile, répondrons-nous, de présumer que quelqu'un a renoncé à ses droits, sans qu'il l'ait déclaré en termes formels.

Nous pouvons lui concéder que la simple renonciation à une hypothèque et à un privilège entraîne extinction du privilège et de l'hypothèque, bien

qu'aucune mention n'ait rendu publique cette radiation, puisque tel est le sens de la loi. Mais telle n'est pas la question qui se pose ici et nous ne pouvons pas déduire, à défaut de stipulation expresse, la renonciation au bénéfice du privilège de co-partageant. Le principe de l'effet rétroactif du partage étant admis dans notre droit français, nous en supporterons les conséquences tant qu'il subsistera.

D'autre part, on cite des cas de renonciation tacite à des hypothèques (1). Mais les exemples de renonciation tacite au privilège de co-partageant ne se rencontrent pas et nous n'en voyons pas qui puissent présenter quelque analogie avec notre espèce.

C'est que la loi, qui crée les privilèges, indique déjà combien l'égalité du partage doit l'emporter dans les conflits qui peuvent survenir entre ce droit et d'autres droits non sanctionnés par des privilèges.

L'arrêt des Chambres réunies du 5 décembre 1907 montre, lui aussi, combien la jurisprudence a le souci d'assurer cette égalité. Plus la loi, plus la jurisprudence renforcent ce principe et sa sanction, moins on doit admettre facilement des renonciations tacites à ce privilège du co-partageant.

En concédant une garantie éventuelle, le co-héritier propriétaire par indivis ne nous paraît pas avoir renoncé à son privilège. Il faut évidemment une manifestation expresse de volonté pour que nous puissions admettre une renonciation à cette sûreté à laquelle la loi et la jurisprudence attachent tant d'importance.

(1) Planiol, t. II, n° 3399. — Wahl, note précitée. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. II, n° 1062.

Cette manifestation expresse, le co-héritier non attributaire doit donc la faire et le tiers cessionnaire du privilège doit l'obtenir ; sans cela ce dernier ne pourra exercer les droits de son auteur.

71. Mais, où nous admettrons les critiques de M. Wahl, c'est quand nous devrons nous plier aux exigences de l'arrêt en ce qui concerne l'obligation d'une stipulation expresse, régulièrement portée à la connaissance des tiers, pour la conservation du privilège.

Ni la loi, ni la jurisprudence ne nous disent quelle inscription serait exigée pour que la stipulation fût « expressément portée à la connaissance des tiers ». Nous nous trouvons alors dans un très grand embarras, faute de texte nous indiquant la ligne de conduite à suivre. Dirons-nous, avec l'éminent jurisconsulte, que l'art. 1690 du Code Civil ne s'applique pas ici ?

Quoique nous n'ayons pas de base certaine, nous préférons nous rallier plutôt à l'opinion de M. de Loynes qui, dans sa dissertation insérée au Dalloz, sous l'arrêt de la Cour Suprême, nous indique les moyens dont on doit user pour que la condition exigée par la nouvelle jurisprudence se réalise (1).

Il distingue, dans la note précitée, deux hypothèses : d'abord le cas où la cession a pour objet le privilège envisagé en lui-même et indépendamment de la créance garantie ; et ensuite, le cas où cette cession porte sur la part du prix de licitation, attribuée au

(1) D., 1910.1.35.

co-licitant non adjudicataire et, par conséquent, sur le privilège qui est l'accessoire de cette créance.

Dans le premier cas, la cession a pour objet un droit réel. M. de Loynes se trouve également perplexe. On sait, dit-il, que la publicité des cessions de droits réels n'est requise que dans les cas déterminés par le Code ou par les lois postérieures, notamment par la loi du 23 mars 1855 ; or, dans notre hypothèse, nul texte n'ordonne la publicité et l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 est spécial aux cessions de l'hypothèque légale de la femme mariée. Il serait d'avis d'appliquer à notre cas, la Jurisprudence suivie avant 1855 pour les cessions de cette hypothèque légale (1). Il suffira que le privilège ait été inscrit dans les délais et les formes déterminés par la loi et que l'acte de cession ait date certaine pour que le cessionnaire puisse, à l'égard des tiers comme à l'égard du cédant, s'en prévaloir à son profit.

Dans le second cas, c'est-à-dire si la cession a pour objet la créance elle-même du cédant, assortie de son privilège, la publicité requise sera celle de l'art. 1690 du Code Civil ; il faut nécessairement, que dans ce cas, conformément à cet article, la cession ait été signifiée ou acceptée. Le cessionnaire, si l'éventualité prévue se réalise, est alors saisi de son droit à partir de l'accomplissement des formalités légales.

72. Voyons, maintenant, les conséquences qu'entraîne

(1) Jurisprudence générale. *Supplément*, v. Privilèges et hypothèques, nº 564. — *Nouveau Code Civil annoté*, Dalloz, t. IV. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. II, nº 1090.

cette jurisprudence et les nouveaux procédés auxquels les auteurs et la pratique à la suite de cet arrêt, ont fait appel pour porter remède aux effets produits qui bouleversent, en fait, toutes les prévisions anciennes en matière de prêt hypothécaire consenti à des co-propriétaires durant l'indivision.

Dans l'affaire soumise à la Chambre Civile, le créancier hypothécaire se trouvait en présence d'un autre créancier cessionnaire du prix de licitation et subrogé dans le privilège du co-partageant ; dans ce cas, le cessionnaire se voit attribuer la soulte et colloquer par privilège.

Que se passerait-il en présence d'un créancier simplement chirographaire du co-propriétaire non attributaire ni adjudicataire de l'immeuble ? Notre créancier hypothécaire deviendrait aussi lui-même simple chirographaire, sans pouvoir se faire attribuer la soulte ou le prix et serait obligé de concourir au marc le franc avec les autres. Ceci est incontestable ; il lui restera seulement, grâce à la clause de la solidarité énoncée dans l'acte d'obligation hypothécaire, le droit de poursuivre le montant de la dette sur l'immeuble du co-propriétaire adjudicataire. Cette hypothèque, dans un ordre, ne viendra qu'après le privilège du ou des co-licitants non attributaires ; le tout, bien entendu, à condition que ce privilège soit inscrit dans les soixante jours fixés par l'art. 2109 du Code Civil, autrement il perdrait le premier rang.

Il y a donc là un danger réel, en supposant même un immeuble d'une valeur invariable, puisque, en présence du concours de tous, le créancier a pu prêter une

somme supérieure à la part du seul attributaire ; alors que le privilège de tous les autres co-partageants est susceptible de le primer.

D'où cette double conclusion inattendue : d'abord le prêt consenti à un seul ou plusieurs co-propriétaires, avec transport de soulte, peut être mieux garanti que s'il est fait à tous sans ce transport ; et ensuite le prêteur d'un seul ou de plusieurs co-propriétaires par indivis avec transport de soulte peut avoir tout intérêt à ce que ses débiteurs ne se rendent pas adjudicataires, ou ne soient pas attributaires (1).

Les conséquences que nous venons d'exposer s'appliquent :

1° En matière de communauté comme en matière de succession ;

2° A l'égard des héritiers d'un communiste décédé ;

3° Lorsque l'indivision cesse seulement pour un des co-propriétaires mais subsiste entre les autres, s'il y a licitation au profit d'un ou de plusieurs co-propriétaires, la persistance partielle de l'indivision n'empêche pas les effets légaux du partage de se produire à l'égard des héritiers définitivement sortis d'indivision ;

4° Aux hypothèques légales et judiciaires comme aux hypothèques conventionnelles.

73. Pour obvier aux inconvénients que nous avons énumérés, M. de Loynes propose un premier moyen sur lequel nous avons passé rapidement dans la première partie. On pourra le rencontrer parfois en pratique et le créancier soucieux de sauvegarder ses droits pourra l'employer.

(1) V. D., 1906.1.41, arrêt de Cassation du 18 juin 1900.

a) Il agira de manière que, par une convention antérieure à la licitation, les droits de chacun des co-propriétaires par indivis soient fixés à une part déterminée dans le prix. Dans cette hypothèse, l'indivision a cessé d'exister. Chacune des parties a pu hypothéquer l'immeuble dans la mesure fixée par la convention. La licitation, qui intervient ultérieurement, n'est qu'un mode d'exécution de la stipulation ordonnant la réalisation et opérant la répartition du prix ; elle ne peut avoir pour but et pour effet de mettre fin à une indivision qui a cessé d'exister. Elle est une vente de la part de chacune des parties, non seulement dans le cas ou un tiers se porte adjudicataire, mais encore dans le cas ou le propriétaire d'une fraction de l'immeuble se porte adjudicataire (1).

b) L'éminent professeur signale un second moyen dont nous avons déjà dit quelques mots. Il consiste à appliquer, dans le cas qui nous concerne, les règles suivies par la jurisprudence dans une matière voisine, celle des cessions de son hypothèque légale consentie par la femme avant la loi du 23 mars 1855, laquelle est venue astreindre désormais ces cessions à un mode spécial de publicité.

Mais la pratique ne semble pas avoir usé de ce procédé si simple pour sauvegarder les droits du créancier hypothécaire subrogé au privilège, soit qu'elle n'ait pas vu l'analogie avec la situation faite avant la loi du 23 mars 1855 aux cessionnaires de l'hypothèque

(1) *Journal des Notaires et des Avocats*, année 1910, n° 29702. — Albert Amiaud. *Journal du Notariat*, année 1909, p. 289. — *Revue de Notariat et d'Enregistrement*, n° 3543.

légale de la femme, soit qu'elle ait craint de ne pas satisfaire ainsi aux exigences de la Cour de Cassation qui veut « une stipulation régulièrement portée à la connaissance des tiers. »

c) Les différentes revues de notariat préconisent des procédés qui ont entre eux beaucoup de ressemblances, mais ils nécessitent des formalités minutieuses qu'il sera utile de remplir et à l'aide desquelles le créancier arrivera au résultat désiré.

Celui qui exigera des co-propriétaires, possédant des biens indivis, une garantie hypothécaire, connaissant désormais la tendance de la jurisprudence de la Cour Suprême fera bien, avant de leur consentir un prêt, de prendre certaines précautions.

Tout d'abord, il aura soin d'obtenir le concours solidaire de tous les co-propriétaires, avec affectation hypothécaire sur les biens indivis. En second lieu, il aura soin de faire insérer dans l'acte d'obligation, non seulement la clause d'interdiction de partage, hors la présence du créancier, mais encore le transport par eux à son profit, du prix de licitation ou de la soulte éventuels et enfin une renonciation expresse d'exercer le privilège de co-partageant à son détriment.

Il sera nécessaire aussi de faire mentionner cette renonciation dans l'inscription hypothécaire pour que tous les ayants-droit des co-propriétaires puissent être prévenus.

Certes, ce sont des complications, des longueurs et des frais ; mais ces mesures sont indispensables ; on aura, ainsi, le maximum de garanties possible sur l'immeuble indivis.

En définitive, au moyen d'une interdiction de partage hors de sa présence et au moyen d'un transport de soulte ou prix de licitation éventuels, consentis et acceptés par tous les co-propriétaires dans l'indivision, le créancier auquel tous ces co-propriétaires ont conféré l'hypothèque avec obligation solidaire, se trouvera pleinement garanti contre les dangers dont pourrait le menacer, la tendance nouvelle de la jurisprudence.

Section deuxième

Loi du 31 décembre 1910.

Remèdes envisagés par la Chambre des Notaires de Paris et le Comité des Notaires des départements, 74. — Proposition de M. Adigard devenue la loi du 31 décembre 1910, 75. — Analyse de la loi, 76, 77. — L'obligation de garantie née à la charge du constituant passe-t-elle au cessionnaire du privilège, 78. — Application de la loi au cas de licitation et de partage, 79. — Caractères particuliers de la loi et situation faite aux créanciers antérieurs à la réforme, 80.

74. Ainsi que nous l'avons vu précédemment l'arrêt de la Cour de Cassation du 12 janvier 1909, auquel nous avons consacré la première section de notre deuxième partie, a provoqué, dans le monde des affaires et spécialement parmi les notaires, une légitime émotion. Ces officiers publics se sont inquiétés, à juste titre, de cette jurisprudence menaçante pour les intérêts et la sécurité de leurs clients et de nature à engager leur responsabilité dans des conditions qui dépassaient toutes leurs prévisions. Aussi la

Chambre des Notaires de Paris et le Comité des Notaires des départements se sont efforcés de rechercher les moyens pratiques de remédier à cet état de choses, et, à cet effet, ont nommé des rapporteurs chargés d'étudier la question et de rédiger des mémoires.

Trois moyens ont été envisagés (1).

Le premier consiste à stipuler dans l'acte constitutif d'hypothèque, que les constituants renoncent au droit d'exercer, par eux ou par cessionnaire, à l'encontre du créancier le privilège du co-partageant et à mentionner ces renonciations dans l'inscription de l'hypothèque.

Mais il est plus que douteux que ce moyen puisse servir à obtenir le résultat désiré. Puisque, d'une part, les renonciations à un privilège ne sont astreintes légalement à aucune publicité ; celle qu'il s'agit d'organiser serait purement arbitraire et, dès lors, il est à craindre qu'elle ne puisse produire aucun effet. D'autre part, ce n'est pas dans une inscription d'hypothèque, que les tiers peuvent et doivent chercher la preuve d'une convention relative au privilège des co-partageants : c'est dans une inscription qui aurait trait à ce privilège lui-même ; or, le privilège ne peut être valablement l'objet d'aucune inscription tant que le partage n'y a pas donné ouverture (2).

Un second procédé consiste à faire cession, par les co-héritiers au créancier hypothécaire, dans l'acte constitutif de l'hypothèque, de l'antériorité qui pour-

(1) *J. O.*, Doc. parl. Sénat, S. e. 1910, annexe nº 363.

(2) V. en ce sens arrêt de la Cour de Cassation du 1er mars 1860. D., 60.1.150.

rait résulter à leur profit, du privilège du co-partageant. Mais, ce moyen comme le précédent, se heurte aux mêmes obstacles ; une cession d'antériorité ne peut être rendue publique au regard des tiers, que par une mention en marge de l'inscription du privilège sur lequel elle porte ; et cette mention n'est pas possible dans l'espèce, puisque l'inscription du privilège du co-partageant ne peut être prise qu'après le partage.

Reste le troisième procédé que nous avons examiné ci-dessus et qui consiste à faire céder, par les co-héritiers les soultes auxquelles ils pourront avoir droit, avec acceptation par chacun d'eux, dans un acte authentique de la cession faite par l'autre et avec interdiction, pour tous deux, de procéder au partage hors la présence du créancier hypothécaire.

Les moyens proposés, sauf le dernier, que nous avons indiqué, manquent leur but. Il s'agit, en effet, de rédactions compliquées, à la suite desquelles les notaires sont toujours exposés à encourir une grande responsabilité.

75. Il a fallu renoncer à ces moyens préventifs et on a songé naturellement à apporter à la situation un remède législatif.

On a tout d'abord pensé rattacher cette réforme à celle de l'ensemble du régime hypothécaire. Mais ce projet très vaste, soumis déjà depuis un certain temps à la Chambre, peut très bien ne pas être voté de sitôt. Pendant ce temps, des intérêts nouveaux peuvent naître et être compromis. L'incertitude dans laquelle la jurisprudence jette les prêteurs, la démonstration

faite de l'insuffisance des garanties traditionnellement concertées entre les notaires et leurs clients, les conséquences immédiates de cet état de choses faisant qu'une catégorie importante de biens (ceux qui sont soumis à une propriété indivise) peut être enlevée au domaine du crédit : toutes ces considérations ont provoqué l'intervention du législateur.

C'est avec raison que les adversaires de l'arrêt de la Cour de Cassation si nettement défavorable aux intérêts des créanciers hypothécaires ont porté, devant le Parlement, cette question relative au sort des hypothèques consenties pendant l'indivision par tous les copropriétaires. Du reste, il était impossible d'espérer un revirement de jurisprudence dans une matière où la Cour Suprême n'avait fait qu'appliquer strictement les principes de la loi.

Le péril a paru suffisant pour qu'une proposition de loi fût déposée à la Chambre des Députés, le 13 décembre 1909, par M. Adigard (1).

Ce dernier, dans un exposé très clair, relate le bouleversement que l'arrêt de la Cour Suprême a apporté et démontre la nécessité d'y remédier sans retard. « Le principe nouveau proclamé par la Cour de Cassation, dit en propres termes M. Adigard, aura non seulement cette fâcheuse conséquence dans des situations plus ou moins analogues, d'ouvrir à des emprunteurs peu scrupuleux le moyen d'esquiver le paiement d'une dette reconnue librement et légalement ; il va susciter des litiges nouveaux, créer des responsabilités inattendues et imméritées ; mais encore et c'est à cela

(1) *J. O.*, Doc. parl. Chambre, annexe n° 2913.

seulement que le législateur peut remédier, il risque de porter une atteinte grave, dans l'avenir, à la sécurité et, par conséquent, à la facilité des conventions en toutes espèces analogues ».

« Les divers moyens juridiques, ajoute-t-il, qui ont été proposés pour parer aux dangers de cette situation, ne paraissent point offrir une garantie absolue ; ils constituent, en tous cas, de gênantes complications ».

Il propose donc, pour sauvegarder les intérêts menacés, d'apporter un complément à l'article 2125 du Code Civil ; et au texte actuel ainsi conçu : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition résoluble dans certains cas ou sujets à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions » ; il conseille d'ajouter ce deuxième aliéna : « Sauf en ce qui concerne l'hypothèque consentie par tous les co-propriétaires d'un immeuble indivis, laquelle conserve son effet, quel que soit ultérieurement le résultat de la licitation ou du partage ».

La proposition fut renvoyée à la Commission de la Réforme Judiciaire et de la Législation civile et criminelle, où elle fut l'objet d'un rapport de M. Chavoix (1). Celui-ci tout en reconnaissant, au point de vue des principes juridiques, le bien fondé de la solution admise par la Cour Suprême, proclame la moralité d'une réforme qui tend à sauvegarder la bonne foi des prêteurs sur hypothèque, menacés par « un danger dont ils ne pouvaient pas vérifier l'existence », savoir :

(1) *J. O.*, Doc. parl. S. e. 1910, annexe n° 2980.

l'exercice à leur détriment du privilège de co-partageant.

La Commission, chargée d'examiner la proposition Adigard, présenta, le 17 mars 1910, une autre proposition qui reproduit presque textuellement la première.

Cependant, de la rédaction nouvelle ressort plus nettement la situation exceptionnelle faite aux hypothèques consenties par tous les propriétaires durant l'indivision, par rapport aux hypothèques consenties par les co-propriétaires sous condition. C'est la seule différence qu'elle présente avec la proposition de M. Adigard.

La nouvelle rédaction est ainsi conçue : « Art. 1er. — L'art. 2125 du Code Civil est complété ainsi qu'il suit : « Sauf en ce qui concerne l'hypothèque consentie par » tous les co-propriétaires d'un immeuble indivis, » laquelle *conservera exceptionnellement* son effet, » quel que soit ultérieurement le résultat de la licitation » ou du partage. »

La proposition fut adoptée dans ces termes par la Chambre des Députés. Elle fut transmise ensuite au Sénat où elle fut l'objet d'un rapport présenté par M. Boivin-Champeaux (1). Ce dernier reconnaît également la nécessité de la réforme commandée par un désir d'équité et des besoins pratiques. Il reconnaît en même temps que la rédaction de la Chambre a reçu l'approbation unanime des praticiens intéressés et il propose à la Commission du Sénat de l'adopter.

La proposition Adigard, sanctionnée par les deux Chambres, est devenue la loi du 31 décembre 1910. La loi nouvelle est applicable en Algérie et dans les

(1) *J. O.*, Doc. parl. Sénat, S. c. 1910, annexe nº 363.

colonies françaises de la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion, ainsi que l'indique l'article 2 de la loi.

76. La réforme apportée remédie aux deux grands inconvénients qu'entraînait la nouvelle jurisprudence de la Cour Suprême. Elle sauvegarde les intérêts des créanciers hypothécaires qui sont toujours à même de connaître le rang qu'ils occuperont et, d'autre part, elle met un terme aux menaces de responsabilité que créait pour les notaires l'arrêt du 12 janvier 1909.

Analysons le texte de la loi nouvelle de façon à en saisir la portée ; nous verrons ensuite les conséquences heureuses qu'elle entraîne, et, enfin, les caractères qu'elle présente.

Le deuxième alinéa de l'art. 2125 du Code Civil nous dit que l'hypothèque, consentie par tous les co-propriétaires d'un immeuble indivis, conservera exceptionnellement son effet, quel que soit ultérieurement le résultat de la licitation et du partage.

Au premier abord, cette rédaction nous paraît singulière ; on pourrait se demander en quoi la loi innove et de quelle façon elle obvie aux inconvénients de la jurisprudence de la Cour Suprême.

Quelle était, en effet, la conséquence de l'arrêt de la Cour de Cassation du 12 janvier 1909 ? L'hypothèque consentie par tous les propriétaires d'un immeuble indivis, continuait à exister, quel que fût le résultat du partage, contrairement à l'hypothèque consentie par un seul des co-propriétaires. Cette sûreté réelle subsistait du chef du co-partageant alloti de l'immeuble et pour la totalité de la dette ; seulement, le co-licitant

non attributaire ou son cessionnaire avait un privilège qui primait cette hypothèque, de sorte que le créancier hypothécaire, au lieu d'arriver au premier rang, était préféré par le créancier privilégié ou son ayant-cause.

Pour remédier à cette situation défavorable au créancier hypothécaire, le texte nouveau nous dit que, désormais, l'hypothèque « va conserver son effet, quel que soit ultérieurement le résultat du partage ». Mais cette formule ne semble innover en rien, car la Cour de Cassation reconnaît également que l'hypothèse consentie par tous les co-propriétaires continuera à exister, quel que soit ultérieurement le résultat du partage. La formule nouvelle consacre un résultat incontesté !

Elle ne dit rien du rang de l'hypothèque, ni du conflit qui peut survenir entre le créancier hypothécaire et le cessionnaire du privivilège, conflit que la Cour Suprême tranchait au détriment du créancier hypothécaire. C'est la question de rang, sur laquelle le nouveau texte reste muet, qu'il importe de connaître et non pas la question des effets de l'hypothèque.

Il semblerait donc, après un examen superficiel de la loi, que le législateur n'a rien fait et, cependant, son intention réelle était de rendre meilleure la situation du créancier hypothécaire, de voir celui-ci colloqué avant le cessionnaire du privilège.

77. Cette intention résulte toutefois des travaux préparatoires. On la trouve d'abord dans l'exposé des motifs de la proposition Adigard. Celle-ci tend à éviter que « le privilège du co-licitant inscrit dans le

délai légal, ne vienne primer l'inscription du premier, préteur ». On la trouve également dans le rapport de M. Chavoix, qui considère le projet de réforme comme la réaction d'une doctrine formulée par la Cour Suprême. Enfin le rapporteur au Sénat a déclaré que « les droits qui résulteraient de la constitution d'hypothèque ne pourraient être mis en échec par la cession que l'un des constituants consentirait ultérieurement de son privilège de co-partageant ».

Dès lors, puisque c'était l'intention du législateur, n'aurait-il pas dû l'exprimer dans le texte et dire que l'hypothèque prime le privilège du co-partageant, « que le privilège soit exercé par le co-licitant non attributaire ou par cessionnaire » ? Cette formule aurait été, du moins, conforme à la pensée des auteurs de la loi.

Si la rédaction du nouveau texte paraît singulière, il nous semble qu'après un examen sérieux, cette première impression doive disparaître. Le nouveau texte exprime d'une façon très succincte, sans doute, mais très claire, le résultat cherché. Le législateur, pour réaliser la réforme que nécessitait la jurisprudence nouvelle contraire aux intérêts du créancier hypothécaire, s'est contenté de ces simples mots : « L'hypothèque aura effet ». Ce texte très court ne peut, selon nous, prêter à aucune équivoque.

Quelle va être la conséquence de cette hypothèque qui subsiste « quel que soit le résultat ultérieur du partage ? » Dans le système de la Cour Suprême, la constitution d'hypothèque consentie par le co-licitant non attributaire se trouvait résolue et l'obligation de

garantie était anéantie. La formule nouvelle, au contraire, fait naître pour le constituant non alloti cette obligation, de sorte que le co-licitant non attributaire ou ses ayants-cause universels ne peuvent exercer le privilège du co-partageant à l'encontre du créancier hypothécaire. La règle « quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio » empêche le co-partageant privilégié ou ses créanciers chirographaires de rendre l'hypothèque inefficace. Le créancier hypothécaire sera colloqué par préférence au co-licitant non attributaire ou à ses créanciers chirographaires, alors que, dans le système admis par l'arrêt de Cassation du 12 janvier 1909, il se trouvait absolument dans la même situation que ceux qui n'avaient obtenu aucune sûreté réelle et était en conséquence payé au marc le franc comme ces derniers.

78. En est-il de même en cas de conflit entre le créancier hypothécaire et un cessionnaire du privilège ? L'obligation de garantie née de la constitution d'hypothèque suffit-elle encore, dans cette hypothèse, à protéger le créancier hypothécaire ?

On pourrait être, au premier abord, d'un avis contraire et dire que l'obligation de garantie, née à la charge du co-licitant, ne pèse pas sur le cessionnaire ou ses ayants-cause à titre particulier ; c'est, en effet, un principe que les ayants-cause à titre particulier, à la différence des ayants-cause universels, ne sont pas tenus des obligations de leur auteur (1).

Mais nous pensons que l'obligation de garantie, qui pèse sur le co-licitant non attributaire en faveur

(1) Planiol, t. II, nº 1176.

du créancier hypothécaire, suffit à protéger ce dernier à l'encontre du cessionnaire du privilège.

Sans doute, l'obligation de garantie née à la charge du co-partageant non alloti ne passe pas aux successeurs à titre particulier, aux cessionnaires du privilège, mais cette obligation, née au profit du créancier hypothécaire, suffit à le protéger même contre le cessionnaire.

L'obligation, contractée par le co-licitant non alloti, entraîne nécessairement une cession de priorité en faveur du créancier hypothécaire, puisque ce dernier doit être préféré au co-licitant lui-même. Le co-partageant qui a fait ainsi cette cession de priorité, ne peut la transmettre à un autre qu'en tenant compte de celle déjà consentie. En un mot, l'obligation de garantie, en créant au profit du créancier hypothécaire un droit de préférence à la charge du co-licitant, doit le lui assurer à l'encontre du cessionnaire, qui ne peut avoir plus de droits que son auteur. C'est le cas d'appliquer ici la règle : « Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet ».

La doctrine et la jurisprudence admettent généralement, d'ailleurs, ce principe que le cédant, qui a reconnu au profit du cessionnaire partiel la préférence sur lui-même, ne peut plus transmettre de droits à un second cessionnaire que sous la charge de cette priorité (1).

M. Palnade cite, dans sa dissertation, des arrêts qui viennent confirmer notre thèse. Il nous rapporte une solution adoptée par la Cour de Paris le 17 avril 1834,

(1) Aubry et Rau, V, p. 235, § 359 *bis*. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, 1.890.

en matière de cessions successives d'une même créance privilégiée, au cas où le cédant a garanti au premier cessionnaire la solvabilité actuelle et future du débiteur (1). La Cour admet, en effet, que dans le cas où le cédant a reconnu au premier cessionnaire la préférence sur lui-même, les cessionnaires postérieurs doivent subir le droit de priorité « parce qu'ils ne peuvent avoir plus de droits que leurs cédants », bien qu'en principe, les cessionnaires d'un privilège doivent venir en concours.

Un arrêt de la Cour de Caen du 27 mai 1864 (2) nous rapporte la même solution en matière de cessions successives de fractions distinctes d'une même créance hypothécaire. Il décide que le premier cessionnaire, auquel le cédant a reconnu la préférence sur lui-même, en lui garantissant la solvabilité actuelle et future du débiteur, doit être préféré aux cessionnaires postérieurs, « le cédant n'ayant pu, au mépris de ses obligations, transmettre un droit qui ne lui appartenait plus, « le droit de concours ». Et la Chambre des requêtes, par arrêt du 20 novembre 1865, a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt (3).

Dans notre hypothèse, nous dirons également : le co-licitant, en constituant l'obligation de garantie, a incontestablement reconnu au créancier hypothécaire la préférence sur lui-même et ne peut transmettre de droits à d'autres que sous réserve de cette priorité. L'obligation de garantie protégera donc le créancier hypothécaire non seulement contre les créanciers

(1) *J. G.*, v. Privilèges et hypothèques, n° 494.
(2) S., 66.1.201.
(3) *Ibid.*

chirographaires ayants-cause universels du co-licitant, mais aussi contre le cessionnaire.

Le législateur arrive, par la nouvelle formule, au résultat désiré. L'obligation de garantie, née à la charge du co-licitant, laisse subsister l'hypothèque, avec tous les droits qu'elle confère. On ne peut donc que se féliciter de la rédaction du nouveau texte qui est venu compléter l'art. 2125 du Code Civil et qui est aussi heureuse par son exactitude que par sa brièveté.

Nous ne devons certes pas reprocher aux auteurs de la loi d'avoir négligé de trancher la question de rang entre le créancier hypothécaire et le cessionnaire du privilège, puisque l'obligation de garantie implique, au profit du créancier premier en date, cession de priorité.

Nous dirons même qu'il eût été imprudent de soulever cette question dans la rédaction nouvelle. Dire que l'hypothèque, consentie par tous les co-propriétaires durant l'indivision, primerait un créancier dont le privilège régulièrement inscrit remonte au jour où a commencé cette indivision, c'eût été apporter une dérogation grave aux principes universellement admis en matière d'ordre. La loi nouvelle, en décidant que l'hypothèque conservera exceptionnellement son effet, quel que soit le résultat ultérieur du partage, a pleinement respecté ces principes.

79. Connaissant désormais la portée de la loi, nous pouvons en faire l'application aux hypothèses qui peuvent se présenter en pratique. Il suffit pour cela de considérer les deux cas qui peuvent se produire

quand l'indivision cesse, et de se demander quel va être le sort du prêteur qui a obtenu une hypothèque de tous les co-propriétaires d'un immeuble indivis.

Ou bien l'immeuble, ainsi grevé, est l'objet d'une licitation ; ou bien il est attribué à l'un des co-propriétaires lors du partage.

a) Au cas de licitation, si l'immeuble est vendu à un tiers, l'adjudication intervenue est une vente et la loi du 31 décembre 1910 ne produit pas d'effet nouveau ; l'adjudicataire se trouve tenu, après comme avant la loi, de l'hypothèque consentie durant l'indivision ; il a en effet pour auteurs les co-propriétaires qui ont consenti l'hypothèque ; il lui restera comme ressource unique de recourir contre eux. En tout cas, le privilège qu'accorde la loi au vendeur ne sera pas opposable aux créanciers hypothécaires antérieurs à la vente.

Mais si l'immeuble est adjugé à l'un des co-propriétaires la licitation vaut partage et la loi nouvelle, dans ce cas, innove. L'hypothèque grève l'immeuble parce qu'elle a été consentie par le co-licitant adjudicataire ; d'autre part, aucun des autres co-licitants non attributaires ne pourra prétendre primer cette hypothèque à l'aide du privilège du co-partageant. En consentant également une hypothèque, les co-licitants non adjudicataires ont ainsi renoncé, d'avance, à exercer leur privilège de co-partageant à l'encontre de cette hypothèque qui, de par la loi, passera toujours avant le privilège.

b) Au cas de partage, le même résultat se produit ; quoiqu'échu à l'un des co-partageants, l'immeuble

est grevé d'une hypothèque préférable au privilège de co-partageant. Tel est le sens de la loi du 31 décembre 1910.

Désormais il est inutile de stipuler, lorsque l'on prête à des co-propriétaires, que ceux-ci s'obligent conjointement et solidairement. Dans le doute, évidemment, deux garanties valent mieux qu'une. Mais le nouvel article ne fait pas cette distinction ; le prêt peut être fait à tous les co-propriétaires sans solidarité, ou seulement à l'un des propriétaires. L'hypothèque consentie par tous les co-propriétaires primera de toute façon le privilège du co-partageant et conservera son effet, quel que soit le sort du partage et de la licitation.

Cette constitution d'hypothèque n'est maintenue, remarquons-le bien, qu'autant qu'elle a été consentie par tous les co-propriétaires. Et, il n'y a pas là de dérogation aux principes qui gouvernent le droit de préférence, puisque l'hypothèque ne conserve son effet qu'autant que le privilège de co-partageant ne peut être invoqué par personne à l'encontre du créancier hypothécaire.

Désormais, le créancier hypothécaire pourra avoir recours sans arrière-pensée à la deuxième formule d'obligation hypothécaire que nous avons relatée ; elle protégera le prêteur quoi qu'il advienne et le rendra indemne. La nouvelle garantie facilitera les prêts sur biens indivis. Bon nombre d'immeubles, que les prêteurs un peu craintifs et les notaires redoutaient d'accepter ou de laisser accepter en garantie, réintégreront dans le domaine du crédit réel.

Telle est la réforme que la loi du 31 décembre 1910 a consacrée ; sous une forme un peu énigmatique, au premier abord, le législateur traduit fort exactement le résultat cherché et tranche le conflit que nous avons longuement exposé au profit du créancier hypothécaire. Ce n'était que justice.

80. Les droits du créancier qui a obtenu sur un immeuble commun, une sûreté réelle du chef de tous les propriétaires, se trouvant déterminés, il nous reste à nous demander quels sont les caractères particuliers de la loi nouvelle. Cette loi est-elle interprétative des dispositions antérieures ou est-elle novatrice ? Si elle est interprétative, les créanciers dont les droits sont nés antérieurement à la loi nouvelle pourront prétendre au bénéfice de ses dispositions. En un mot, dans ce cas, elle sera rétroactive et les hypothèques constituées dans le sens qu'elle prévoit mettront le créancier premier en date à l'abri de tout péril.

Selon nous, la loi nouvelle est inapplicable aux hypothèques constituées sur biens indivis avant sa promulgation ; la règle générale est, en effet, que la loi en vigueur au moment de la rédaction des actes qui leur est seule applicable et il n'y a exception à ce principe que quand le législateur le dit en termes exprès ; or, le deuxième alinéa de l'art. 2125 du Code n'énonce rien à ce sujet, nous devons en déduire cette conséquence que la loi nouvelle est novatrice. Dès lors, pour savoir si l'obligation hypothécaire, souscrite par tous les co-propriétaires d'un immeuble indivis, doit être régie par la législation ancienne, soit par la loi nouvelle, nous devons nous attacher à la date de l'acte.

Mais, si la loi nouvelle ne s'applique point aux créances hypothécaires, antérieures à son existence, n'a-t-elle pas du moins une certaine influence sur la situation des créanciers ; ne peut-elle pas être le point de départ d'une jurisprudence nouvelle pour ceux dont les droits sont antérieurs à sa promulgation ?

Devant les critiques formulées contre l'arrêt du 12 janvier 1909 et devant les résistances rencontrées, ne pourrait-on pas affirmer qu'une solution favorable aux créanciers hypothécaires doive intervenir dans des espèces analogues ? La négative nous paraît s'imposer. La loi nouvelle n'est pas rétroactive ; elle réforme les textes antérieurs ; c'est donc que l'application de ces textes par les tribunaux était exacte suivant la pensée du législateur ; les travaux préparatoires, nous l'avons vu, en font foi. Les créanciers hypothécaires antérieurs à la réforme intervenue et qui se sont fait consentir une sûreté réelle dans les conditions que prévoit la Cour Suprême, ont leur situation irrémédiablement fixée dans un sens qui leur est défavorable.

Ainsi donc, d'une part, la loi du 31 décembre 1910 a mis fin à toute controverse relative au sort des créanciers qui ont obtenu une hypothèque de tous les co-propriétaires depuis sa promulgation ; et d'autre part, elle a également irrévocablement déterminé la situation de ceux qui avaient obtenu pareille sûreté avant sa mise en vigueur.

CONCLUSION

La loi nouvelle offre-t-elle complète satisfaction aux intérêts en présence ? 81. — N'aurait-elle pas dû organiser une publicité de manière à faire connaître au cessionnaire du privilège le droit du créancier hypothécaire ; comment le cessionnaire atteindra-t-il le but désiré ? 82.

81. Après avoir examiné la nature, les conséquences et les caractères particuliers de la loi du 31 décembre 1910, ne serait-il pas intéressant de nous demander sous forme de conclusion, si le résultat cherché par ses auteurs se trouve pleinement atteint ? Le deuxième alinéa de l'art. 2125 du Code Civil ainsi précisé rend-il tous les services que la pratique en attend, offre-t-il complète satisfaction aux intérêts en présence ?

Les revues de notariat et les praticiens, qui avaient tant critiqué l'arrêt de la Cour de Cassation du 12 janvier 1909 trouvent la situation nouvelle très heureuse et conforme au but désiré en ce qui concerne les rapports du créancier hypothécaire et du co-licitant non attributaire ou de ses ayants-cause universels. Il est certain que le créancier hypothécaire se trouve actuellement à l'abri de toute fraude de la part de ses débiteurs. Mais en protégeant ainsi celui dont la situation se trouvait autrefois menacée, la loi nouvelle ne porte-t-elle pas atteinte, par contre, à la situation

qu'avait faite au co-partageant la Cour Suprême ? On a dit, au cours des travaux préparatoires de la loi, que l'on devait empêcher les conséquences désastreuses de la jurisprudence qui permettait, au co-licitant peu scrupuleux, de céder son privilège à un nouveau prêteur, après avoir consenti une hypothèque.

Il ne s'ensuit pas que l'on doive laisser le cessionnaire du privilège sans protection ! La jurisprudence de la Cour Suprême avait veillé avec soin sur le sort du cessionnaire dont elle rendait la situation indemne à défaut de « stipulation régulièrement portée à la connaissance des tiers ». Nous avons vu la difficulté d'organiser pratiquement cette publicité ; mais du moins le principe de cette publicité était dégagé. La loi nouvelle, par contre, ne prévoit aucun moyen pour rendre l'hypothèque, consentie par tous les co-propriétaires, opposable aux cessionnaires du privilège. Sans doute, peut-on dire, la loi nouvelle n'avait pas à assurer la publicité ; son rôle consistait à rendre meilleure la condition du créancier hypothécaire et elle y arrive en créant, à la charge du co-licitant non alloti, l'obligation de garantie.

82. Mais si le système, inauguré par la loi du 31 décembre 1910, est conforme aux principes, ne peut-on pas regretter, au point de vue pratique, qu'elle n'ait exprimé aucune règle pour faire connaître au cessionnaire du privilège, le droit du créancier hypothécaire ?

Comment, en effet, le registre des inscriptions tenu par le Conservateur des hypothèques de la situation des biens, pourra-t-il renseigner le cessionnaire du

privilège et lui faire éviter certain danger qui pourrait le menacer ? Le créancier qui a une situation avantageuse, est, on le sait, celui qui a obtenu une hypothèque de tous les co-propriétaires. Mais, comment le cessionnaire du privilège pourra-t-il savoir, en l'espèce, si tous ont consenti cette sûreté réelle sur un immeuble indivis ?

L'état hypothécaire, que lui délivrera le conservateur, lui indiquera que l'immeuble est grevé hypothécairement du chef de Primus, Secundus, Tertius, co-propriétaires, mais cette énumération est-elle complète, contient-elle les noms de tous les communistes ? L'état ne le mentionne pas. Il faudrait, pour le bien, que le certificat délivré par le Conservateur ajoutât aux noms de Primus, Secundus, Tertius, les mots « seuls propriétaires ». De cette façon, le préteur se trouverait renseigné de suite ; il saurait si, en consentant un prêt aux co-propriétaires, le privilège du co-partageant prime l'hypothèque du créancier. Le cessionnaire saurait à quoi s'en tenir ; il aurait un mode de publicité à sa disposition. Cela eût été si facile en complétant l'article 2148 de la façon indiquée ci-dessus et alors, la mention des mots « seuls propriétaires » eût été imposée dans les cas où une inscription eût été prise contre tous les co-propriétaires.

Sans doute, parfois, les noms de ces derniers sont connus du public ; mais ce n'est pas toujours le cas. Parmi les communistes, certains peuvent vivre depuis longtemps à l'étranger, d'autres sont atteints d'aliénation mentale et internés, de sorte que le public les ignore.

N'y a-t-il pas, en cette occurence, d'autres moyens qui permettent de connaître les noms de tous les co-propriétaires d'une manière certaine ?

Certains actes peuvent suppléer au défaut de publicité de la loi nouvelle. C'est tout d'abord l'intitulé d'inventaire.

La loi exige que l'inventaire soit dressé en présence de tous les intéressés. Si, parmi eux, se trouvent des mineurs ou interdits, ils seront représentés par un tuteur ; un notaire commis par le président du tribunal ou le tribunal lui-même, représentera le non présent ou l'absent. Les noms de toutes les parties intéressées seront cependant mentionnés dans l'intitulé, de sorte que le créancier y trouvera les renseignements dont il a besoin.

Au cas où il n'a pas été fait d'inventaire, les noms des co-héritiers seront mentionnés dans les actes de notoriété. Ces actes ont pour but d'indiquer le nombre et la qualité des successibles. Des personnes ayant connu les membres d'une famille, viennent certifier devant notaire qu'ils savent parfaitement que M. X est décédé tel jour, telle année, qu'après sa mort il n'a pas été fait d'inventaire et qu'il a laissé pour héritiers conjointement ses enfants ou telles autres personnes dénommées.

Le préteur, sachant désormais à quels moyens il doit avoir recours pour obtenir toute certitude et sachant que ces actes ont été dressés, peut-il aller trouver le notaire des parties pour obtenir ce renseignement ? L'article 23 de la loi du 25 ventôse an XI ne permet pas aux notaires de communiquer au préteur

pareil renseignement. Il leur défend de délivrer des expéditions des actes à d'autres qu'aux « personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants-droit ».

Il suffira au bailleur de fonds, avant de consentir un prêt à un co-licitant et pour obtenir le renseignement qu'il désire de se faire délivrer par l'emprunteur les expéditions, soit de l'intitulé d'inventaire, soit des actes de notoriété. De cette façon il connaîtra les noms de tous les co-propriétaires. Il lui suffira dès lors de comparer les énonciations de ces actes avec celles mentionnées sur l'état hypothécaire.

Le prêteur, en agissant ainsi, sera prudent et il obtiendra toute satisfaction. Il ne consentira son prêt que sous la condition qu'on lui remette les titres pour en prendre communication.

Il est vrai que si la loi nouvelle avait ajouté à la disposition additionnelle que nous avons indiquée plus haut, les précautions que nous avons mentionnées eussent été inutiles.

APPENDICE

Comment les parties peuvent-elles éviter l'effet déclaratif ? 83. — Opinion de la doctrine sur la question, 84. — Examen de la Jurisprudence, 85.

83. Nous avons, dans notre introduction, étudié le principe de l'effet déclaratif et nous avons vu, dans les deux parties de notre travail, les conséquences qu'il produit sur les hypothèques constituées durant l'indivision, soit par un ou plusieurs co-propriétaires, soit par tous les co-propriétaires. Toute opération de partage, avons-nous dit, a pour effet de valider les seules hypothèques qui émanent du co-partageant alloti.

La loi du 31 décembre 1910 a apporté une restriction importante à cette règle au cas où une hypothèque est constituée par tous les co-propriétaires d'un immeuble indivis. Sans doute, elle laisse subsister les conséquences immédiates et de rigueur du principe puisqu'elle admet que les hypothèques émanant du non-attributaire et grevant l'immeuble licité ou partagé tombent. Cependant, en vertu de l'obligation de garantie dont est tenu désormais ce dernier, elle n'admet plus les conséquences éloignées du principe : elle rend sans effet la cession du privilège de co-partageant au profit d'un nouveau prêteur. L'obligation à laquelle est

astreinte le co-licitant l'empêche de rendre absolument sans effet l'affectation hypothécaire qu'il a consentie ; il a, par avance, renoncé à son privilège de co-partageant.

Dans cet appendice, nous nous proposons de voir les restrictions que les parties peuvent apporter à l'effet rétroactif, comment elles peuvent l'éviter ? Les créanciers hypothécaires ont parfois intérêt en effet à ce que les débiteurs puissent y échapper : leurs hypothèques subsisteront et l'indivision ne se dénouera pas dans un sens préjudiciable.

84. Voyons tout d'abord l'opinion des auteurs que la question a intéressés ; nous considérerons ensuite comment la jurisprudence en a fait l'application.

D'abord beaucoup d'auteurs admettent que « la force des choses et la décision de la loi doivent être supérieures à toute expression de volonté des parties » (1),

Cette considération est évidemment très juste, mais ne pouvons-nous pas répondre que la jurisprudence, par des remaniements successifs de l'art. 883, donne désormais à l'intention des parties un rôle prépondérant en matière de partage. Ce n'est, du reste, que dans le cas où la loi admet l'assimilation de l'acte au partage que les parties peuvent l'écarter par un accord de volontés manifeste, à la différence du cas de partage en nature dans lequel la loi doit forcément s'appliquer. C'est ce que dit M. Planiol « dans les cas où la loi admet l'assimilation, les parties peuvent

(1) Planiol, III, nº 2390. — Wahl, p. 492, l'article 883 et la Jurisprudence, dans le *Livre du Centenaire*.

l'écarter (l'effet déclaratif) par une manifestation de volonté contraire ».

De nombreux interprètes du Code ont combattu cette opinion. M. Demolombe estime qu'elle soulèverait toutes sortes de difficultés quand il s'agirait d'interpréter la volonté des parties. Il estime que cette doctrine renferme une trop grand incertitude : « elle est équivoque puisqu'un acte serait, dans des circonstances tout à fait semblables et avec des caractères absolument identiques, tantôt une vente, tantôt un partage suivant le nom qu'il aurait plu aux parties de lui donner » (1).

Laurent, dans les mêmes termes (2), critique l'opinion que nous avons émise ; commentant un arrêt de Cassation du 10 juin 1845 (3), voici comment il s'exprime : « La Cour a considéré la question sous un autre point de vue ; il résulterait, dit-elle, des circonstances de la cause que les héritiers avaient l'intention de vendre et non de partager. Mais est-il possible aux parties de faire en sorte qu'un acte que la loi qualifie de partage sera considéré comme une vente ? L'art. 883 est formel, il est d'ordre public. Donc, la licitation valant partage est déclarative de propriété. L'acte serait translatif de propriété si les parties pouvaient transformer la licitation en vente. Nous ne croyons pas, dit-il, que les parties aient ce droit, au moins quand il y a des hypothèques consenties pendant l'indivision. La loi veut que les hypothèques demeurent sans effet quand

(1) Demolombe, t. XVII, n° 282.
(2) T. X, p. 453, n° 429.
(3) D., 45.1.377.

l'immeuble est adjugé à l'héritier qui ne les a pas consenties. Elle le veut pour prévenir les évictions et pour empêcher les actions récursoires qui en résultent. C'est là un motif d'intérêt général dont dépendent la stabilité de la propriété et l'intérêt des familles ; en ce sens, il n'est pas permis de déroger à l'art. 883 : il est d'ordre public ».

MM. Aubry et Rau (1), Baudry-Lacantinerie et Wahl (2) partagent la même manière de voir. Selon ces derniers auteurs, « les parties ne peuvent pas, par une déclaration expresse, enlever au partage l'effet déclaratif ».

Les partisans de cette thèse s'appuient sur des arguments très solides, nous ne le contestons pas. Il y a vraiment de l'arbitraire dans ce fait que la seule intention des parties puisse l'emporter sur un texte. Mais, nous ajouterons que leurs critiques ne peuvent être adressées et ne se trouvent justifiées que dans le cas du partage en nature et de la licitation parce que, précisément, un texte de loi les cite spécialement. La jurisprudence, nous l'avons vu, a fait toutes sortes d'assimilations successives ; or, ces actes, auxquels elle a conféré, par extension, l'effet déclaratif et qu'elle a assimilés au partage, ne peuvent-ils pas échapper à cette règle que la loi n'a formulée que pour le partage et la licitation ? Tous les actes, à l'exception du partage en nature, ont profité des tendances extensives de la jurisprudence. C'est le cas notamment de la licitation faite au profit de plusieurs conjointement. Il résulte

(1) VI, § 625, n° 10.
(2) T. III, n° 4443 et suiv.

de cette Jurisprudence, dit avec raison M. Planiol, que pour les actes autres que le partage en nature, c'est-à-dire pour la licitation, la vente amiable, la cession de droits successifs, l'effet déclaratif est purement facultatif et peut être écarté par une convention contraire.

Voilà comment on peut dire que les parties peuvent restreindre le domaine d'application de l'art. 883 du Code Civil.

85. Passons maintenant à l'étude de la jurisprudence, nous verrons ainsi la façon dont elle a interprété le rôle de la volonté des parties en ce qui concerne le champ d'application de l'art. 883. Les conclusions que nous pourrons en déduire auront quelque importance en cette matière. La Jurisprudence a admis l'insertion dans un partage d'une condition, par laquelle les parties s'accordaient à éviter l'effet déclaratif, notamment en ce qui concerne les hypothèques de parts indivises (1). Le partage qui n'est pas soumis à l'action résolutoire par sa nature, d'après l'opinion commune, peut l'être cependant dans cette mesure-là (2).

Par l'insertion de conditions dans le partage, les parties peuvent se réserver la faculté de le résoudre pour inexécution de ces conditions, bien qu'il soit admis que le partage ne comporte pas de résolution (3).

En cas de licitation au profit d'un co-héritier, il est

(1) *Code Civil annoté*, Fuzier-Herman, art. 887. — Baudry et Wahl, III, 4401. Bibliographie et Jurisprudence.

(2) Cassation, 2 janvier 1884. S., 86.1.373.

(3) Grenoble, 20 janvier 1889. S., 93.2.265, note critique de M. Wahl.

possible de stipuler que les hypothèques subsisteront et seront opposables à l'adjudicataire et à l'attributaire. Telle est l'espèce prévue par un arrêt de la Cour de Poitiers du 13 décembre 1904 (1).

Deux conjoints se trouvaient dans l'indivision avec leur gendre ; ils avaient consenti une hypothèque sur leurs biens indivis avant le partage. Une licitation survint et le gendre fut adjudicataire. Il avait été convenu, avant l'adjudication, que, quel que fût l'événement qui mettrait fin à l'indivision, les parties ne se prévaudraient pas de l'effet déclaratif et que le créancier hypothécaire conserverait son hypothèque.

Ce fut, comme nous le verrons, par le jeu d'autres prescriptions légales que le créancier n'obtint pas satisfaction. En effet, peu de temps après l'adjudication, le créancier ayant poursuivi la vente de l'immeuble, la femme de l'adjudicataire munie de son hypothèque légale la lui opposa, d'autant plus que la renonciation à son hypothèque légale n'avait pas été faite par acte authentique comme l'exige la loi.

Dans ce cas, la Cour, tout en admettant la survivance de l'hypothèque conventionnelle du créancier, constate qu'elle doit être primée par l'hypothèque légale de la femme ; si la renonciation avait eu lieu en la forme solennelle, comme le prescrit la loi, ce résultat ne se serait pas produit.

« Attendu, dit ce dernier arrêt, que l'immeuble, dont B... est devenu seul propriétaire par suite de la licitation, n'est entré dans le patrimoine que grevé

(1) G. P., 1905.1.521. — Voir aussi Poitiers, 16 novembre 1904. G. P., 1904.2.646.

de l'hypothèque légale de la femme qui porte sur l'ensemble de ce patrimoine ; que la protection dont la loi a entendu entourer la femme mariée et le caractère de généralité qu'elle attache à son hypothèque légale s'opposent à ce que le mari puisse en restreindre les effets et l'étendue ; que si B..., ratifiant les engagements pris par F..., son beau-père, et renonçant en ce qui le concerne aux conséquences de l'effet déclaratif du partage, *a pu maintenir l'hypothèque consentie au profit de S...*, ces ratifications et renonciations n'engagent que lui et ne peuvent produire aucun effet au regard de sa femme vis-à-vis de laquelle elles doivent être considérées comme inexistantes ; que, par suite, l'hypothèque consentie à S... ne peut prendre rang qu'à la suite de l'hypothèque légale ».

Mais il ne faut pas exagérer l'opinion que nous soutenons et dire qu'il suffit de donner à un acte une autre dénomination que celle qui lui convient pour en changer la nature et échapper à la loi (1). Malheureusement sur ce sujet, la Cour de Cassation n'a pas adopté de doctrine bien nette. Ainsi, un arrêt du 10 juin 1845 a décidé que, si les parties qualifient vente, une cession de droits successifs, les effets de la vente se produiront (2). De nombreux arrêts sont aussi en sens contraire ; mais, par intervalles, on en retrouve d'autres qui ont admis cette opinion et qui ont fortifié cette tendance (3).

(1) Nous ajouterons même que la volonté des parties est sans influence sur l'effet déclaratif toutes les fois qu'il y a des tiers en cause.

(2) Cass., S.. 45.1.808.

(3) Cass., 29 juillet 1857. S., 58.1.313. — Cass., 6 avril 1886. S., 87.1,149. — Tribunal d'Orange, 30 décembre 1885. S., 86.2.144.

En considération de l'intention des parties, la Cour Suprême a dérogé à l'application de l'effet déclaratif du partage, même pour des espèces qui auraient exigé cette application.

Nous voyons donc que l'opinion de la Jurisprudence sur la question n'est pas encore solidement établie. Les opinions extrêmes que nous venons d'exposer viennent plutôt à l'appui de la doctrine que nous avons développée.

Nous admettons que l'intention des parties peut arriver à restreindre les cas d'application de l'effet déclaratif du partage : mais il faut se garder de tomber dans l'exagération et d'aller par trop loin.

Vu :
le Doyen,
Nancy, le 5 janvier 1912,
E. BINET.

Vu :
Le Président de l'acte public,
Nancy, 4 janvier 1912,
Fr. GENY.

Vu et permis d'imprimer :

Nancy, le 6 janvier 1912,

Le Recteur de l'Académie,
Ch. ADAM,
Correspondant de l'Institut.

ERRATA

Page 182, au lieu de :

3° Lorsque l'indivision cessè seulement pour un des co-propriétaires mais subsiste entre les autres, s'il y a licitation au profit d'un ou de plusieurs co-propriétaires, la persistance partielle de l'indivision n'empêche pas les effets légaux du partage de se produire à l'égard des héritiers définitivement sortis d'indivision ;

Lisez :

3° Lorsque l'indivision cesse seulement pour un des co-propriétaires, mais subsiste entre les autres, s'il y a licitation au profit de deux ou plusieurs co-propriétaires, la persistance de l'indivision n'empêche pas les effets légaux du partage de se produire à l'égard du co-héritier définitivement sorti d'indivision ;

Page 194, 4me ligne, au lieu de :

ses ayants-cause universels

Lisez : *ses cessionnaires*

TABLE DES MATIÈRES

	Numéros	Pages
INTRODUCTION ET EXPOSÉ SOMMAIRE DE L'ARTICLE 883.		
Le partage en Droit Romain. En Droit Français.....	1 à 7	9 à 24
Division du sujet.....	8	24 et 25

PREMIÈRE PARTIE

De l'hypothèque constituée sur biens indivis par un ou plusieurs co-propriétaires.

SECTION PREMIÈRE

ÉTUDE DE DIFFÉRENTS ACTES QUI FONT CESSER L'INDIVISION : EFFETS QU'ILS PRODUISENT SUR LES HYPOTHÈQUES DE BIENS INDIVIS.

Généralités sur l'affectation hypothécaire de biens indivis.....	9	27 à 32
§ I. — *Partage en nature et avec soulte.*		
Le partage en nature et avec soulte est-il déclaratif ; quelles seront les hypothèques qui seront validées ?	10 et 11	32 à 36
Le droit de préférence sur la soulte serait-il un droit de suite disparu ?.....	12	36 à 40
§ II. — *Licitation-partage.*		
La licitation faite au profit d'un co-héritier est-elle déclarative ? Quid si elle est effectuée au profit d'un héritier bénéficiaire ?.....	13	40 à 44
Si elle est faite au profit d'un tiers ? Si l'adjudicataire est un tiers cessionnaire de droits successifs ?....	14	45 à 46
Si l'adjudicataire est un indivisaire cessionnaire de droits successifs ?.....	15	46 à 47
La licitation faite au profit de plusieurs co-héritiers est-elle déclarative ? — Evolution de la Jurisprudence. Doctrine des auteurs. Doctrine de l'Enre-		

	Numéros	Pages
gistrement. Sort de l'indivision nouvelle	16 à 20	47 à 55
Quid de la licitation effectuée au profit d'un communiste et d'un tiers ?	20	55 à 56
Vente amiable	21	56 à 59
§ III. — *Licitation-vente.*		
Quel est l'effet de la licitation effectuée au profit d'un tiers ? Quels en sont les vendeurs ?	22 et 23	59 à 63
Sort des hypothèques au cas de conflit entre co-héritiers créanciers de rapport en moins prenant et créanciers hypothécaires	23 et 24	61 à 65
1° Exposé de Jurisprudence	25	65 à 67
2° Doctrine	26 à 31	67 à 83
3° Expédients inventés par la pratique pour obvier aux inconvénients de la Jurisprudence	34 à 37	83 à 87
4° Arrêt du 5 décembre 1907 rendu par la Cour de Cassation, toutes chambres réunies	37 à 40	87 à 97
5° Systèmes proposés pour éviter à l'avenir les inconvénients indiqués. — Droit comparé	40 à 43	97 à 103
§ IV. — *Cession de droits successifs.*		
Différentes hypothèses en cas de cession au profit d'un étranger	43	103 à 105
Cession au profit d'un co-partageant et cession faite au profit de co-partageants et d'étrangers	44 à 48	105 à 116
§ V. — *Actes qui produisent exceptionnellement effet déclaratif.*		
La transaction. Le compromis, la dation en paiement, la délivrance de legs	49 et 50	117 à 124
SECTION DEUXIÈME		
MOYENS EMPLOYÉS PAR LA PRATIQUE NOTARIALE POUR ÉVITER LES INCONVÉNIENTS DE L'ARTICLE 883 RELATIVEMENT A CES HYPOTHÈQUES.		
Hypothèses qui peuvent se présenter. — Partage 1re formule	51 à 54	124 à 131
Licitation, cession de droits successifs	53	131 à 134
Hypothèse particulière	54	134 à 136
2me formule : Concours solidaire de tous les co-propriétaires à l'acte d'établissement hypothécaire	55	136 à 140
Opinion de la doctrine. Celles de MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl	56	140 à 141
Examen de la Jurisprudence	57	142 à 145

DEUXIÈME PARTIE

De l'hypothèque constituée sur biens indivis par tous les co-propriétaires.

SECTION PREMIÈRE

HYPOTHÈQUE ÉTABLIE SUR BIENS INDIVIS PAR TOUS LES CO-PROPRIÉTAIRES. — ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION DU 12 JANVIER 1909.

	Numéros	Pages
Généralités sur les effets de cette hypothèque et sur l'arrêt de la Cour de Cassation du 12 janvier 1909.	58	147 à 150
Espèce et attendus de l'arrêt de la Cour de Cassation.	59 et 60	151 à 155
Arguments à l'appui du pourvoi en Cassation.....	61 et 62	155 à 158
Motifs de la défense, de la Cour Suprême. Justification de l'arrêt. Rigueur de l'arrêt.....	63 à 68	158 à 171
Critiques de M. Wahl, hypothèses présentées par lui dans sa note au Sirey. — Réfutation.....	68 à 70	171 à 179
Opinion de M. de Loynes sur la manière de rendre public le privilège.....	71	179 à 180
Conséquences de l'arrêt et remèdes proposés par les auteurs et la pratique notariale.....	72 et 73	180 à 185

SECTION DEUXIÈME

REMÈDE APPORTÉ PAR LA LOI DU 31 DÉCEMBRE 1910.

Remèdes envisagés par la Chambre des Notaires de Paris et le Comité des Notaires des départements pour obvier aux conséquences de l'arrêt de Cassation du 12 janvier 1909.....	74	185 à 187
Proposition de M. Adigard devenue la loi du 31 décembre 1910 et analyse de la loi.....	75 à 77	187 à 194
L'obligation de garantie née à la charge du constituant passe-t-elle au cessionnaire du privilège ?.....	78	194 à 197
Application de la loi en cas de partage.....	79	197 à 200
Caractères particuliers de la loi nouvelle et situation faite aux créanciers antérieurs à sa promulgation.	80	200 à 201

CONCLUSION

La loi nouvelle offre-t-elle complète satisfaction aux intérêts en présence ?.....	81	203 à 204
N'aurait-elle pas dû organiser une publicité, de façon à faire connaître au cessionnaire du privilège le		

	Numéros	Pages
droit du créancier hypothécaire ?		
Comment le cessionnaire atteindra-t-il le but désiré ?		
Intitulé d'inventaire. — Acte de notoriété.....	82	204 à 207
APPENDICE		
Comment les parties peuvent éviter l'effet déclaratif		
du partage ?.....	83	209 à 210
Opinion de la doctrine	84	210 à 213
Examen de la Jurisprudence.....	85	213 à 216

Imp. du *Journal de Merville* — L. Loïez, A. Drieux, succr